رُقيّة المصدق

بوقار رشيدة
BIDAQ - RACHIDA

الحُرّيات العَامّة و حُقوق الإنسان

BIDAQ
RACHIDA
DROit Public.
G1

الكتـاب : الحريات العامة وحقوق الانسان
تأليـف : رقية المصدق
الطبعـة : الأولى دجنبر 1999

الطبع : النجاح الجديدة – الدار البيضاء
الإيـداع : القانوني رقم 1999/1530
ردمـك : 1 - 4 - 1607 - 9981

طبع هذا الكتاب بمساهمة مؤسسة كونراد آديناور

للمؤلفة

- القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، دار توبقال، الدارالبيضاء، 1986.
- القانون الدستوري والمؤسسات السياسية. إرشادات منهجية، دار توبقال، الدارالبيضاء، 1987.
- القانون الدستوري والمؤسسات السياسية. النظام السياسي المغربي وأنظمة أخرى معاصرة، دار توبقال، الدارالبيضاء، 1988.
- المرأة والسياسة. التمثيل السياسي في المغرب، دار توبقال، الدارالبيضاء، 1990.
- متاهات التناوب، مطبعة النجاح الجديدة، الدارالبيضاء، 1996.

- **Consensus ou Jeu de consensus? Pour le réajustement de la pratique politique au Maroc,** Imprimerie Najah El Jadida . Casablanca, 1995.
- **La réforme constitutionnelle et les illusions consensuelles,** Imprimerie Najah El Jadida , Casablanca, 1998.
- **Les labyrinthes de l'alternance, rupture ou continuité ?** Imprimerie Najah El Jadida , Casablanca, 1998.

كتب بالاشتراك :

- **The Political economy of Morocco,** Edited by I William Zartman, A Sais Study on Africa, New york, Westport, Connecticut, London, 1987
- **Les expériences constitutionnelles Maghrébines,** Publications du centre d'études de recherches et de publications, Université de Tunis, Tunisie 1987.
- **Droit des femmes au Maghreb. L'universel & Le specifique,** Imprimerie al Maârif, Rabat, 1992.
- **Droit et politique à la croisée des cultures,** Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1999.

الحريات العامة تعبير عن واقع قانوني

مقدمة

إن الحريات العامة كتعبير عن واقع قانوني تجد مجالها داخل الدولة في القوانين التي تتولى تنظيمها وحمايتها وتعرف أبعادها على المستوى الدولي في أنها تشكل الجيل الأول من حقوق الانسان. إنها تجسد مفهوما معيناً لدولة القانون لا يقتصر على الشكل بل يمتد إلى المضمون (1)، هذه الدولة التي تحتل فيها السلطة القضائية والاجتهاد القضائي دوراً فعليا(2). إن ذلك الواقع القانوني متغير. لماذا ؟ أولا، لأن الصراع من أجل الحرية لا ينضب، فهو يمكن من رصد الأطوار التي عرفتها الحريات العامة وحقوق الانسان حيث يتصور لنا الانسان من خلال "نماذج" عدة : الانسان المجرد، الانسان الواقعي، الانسان شخص القانون الدولي. ثانيا، لأن ذلك الواقع القانوني يعد انعكاساً لمسلسل قد يتقدم وقد يتعثر بحيث قد تتدعم بفعله الترسانة القانونية في مجال الحريات العامة. وقد تتراجع(3). إن الوقوف عند الحريات العامة كمسلسل يسمح بضبط العناصر الفاعلة في النظام القانوني للحريات دون ان يعنى الاعتراف بأن

---

(1) Chevallier (Jacques). l Etat de droit, Montchrestien, Paris, 1992

(2) Cohen Tanugui (Laurent). Le droit sans l'état, Presses universitaires de France, Paris, 1985.

(3) إننا نستحضر هنا قولة لكل من كارل ماركس وألكسيس توكفيل فبالنسبة للاول "لا أحد يحارب الحرية، إنه يحارب حرية الآخرين. إن كل انواع الحرية وجدت دائما. ولكن تارة كامتياز خاص وأخرى كحق عام"؛ وبالنسبة للثاني "إن الطغاة لا ينكرون بأن الحرية هائلة ولكنهم يريدونها لأنفسهم فقط ويتمسكون بأن الآخرين غير جديرين بها" إنها مأخوذة عن كتاب: Charvin (Robert) Sueur (Jean-Jacques). Droits de l'homme et Libertés de la personne Litec, Paris, 1997 : p 20.

هناك قواعد غير مكتوبة تسمو على القواعد المكتوبة التي يوجد على رأسها الدستور. إن العبرة ليست في التمسك بحريات متضمنة في قواعد غير مكتوبة هناك من يرى انها تسمو على القوانين الوضعية، ولكن في تعزيز النضال من أجل الحرية بالاتجاه إلى تكريسها في القوانين الوضعية التي تستمد منها الحريات العامة قوتها وإلزاميتها. هذا على أن توجها كهذا هو الذي من شأنه أن يدعم دولة القانون لا من الناحية الشكلية فحسب بل من ناحية المضمون، هذه الدولة التي يحتل فيها الاجتهاد القضائي والسلطة القضائية مكانة أساسية.

إننا بهذا لن نقتصر على تقديم الحريات العامة كإحدى تجليات الحرية بصفة عامة (I) ولكننا سنعمد إلى تناول الحريات العامة كمسلسل بين التقدم والتعثر (II) لننتهي بتحديد العلاقة بين الحريات العامة وحقوق الانسان (III).

I – الحريات العامة إحدى تجليات الحرية

تحيلنا إلى الانطلاق من التداخل بين الحرية الفلسفية والحرية القانونية (1)، هذه الحرية القانونية التي تعتبر إحدى تجليات الحرية (2).

1 – التداخل بين الحرية الفلسفية والحرية القانونية

إن الالمام بالحريات العامة كاحدى تجليات الحرية لا ينطلق من القطيعة بين الحرية الفلسفية والحرية القانونية بل يتطلب إرساء جسور التواصل بينهما. إن جاك روبير مثلا عند تعريفه للحرية تساءل فيما إذا كان الفيلسوف هو الذي سيضع التعريف أو رجل القانون، ذلك ان الأول يهتم بالمسائل التي تعنى بالحرية الداخلية والروحية في حين يهتم الثاني بالقواعد الخارجية مادامت القاعدة القانونية ملزمة(4). إن هذا التمييز بين الحرية الفلسفية والميتافيزيقية وبين الحرية القانونية الذي غالبا ما

Robert (Jacques) avec la collaboration de Duffar (Jean), Libertés publiques et droits de (4) l'homme, Montchrestien, Paris, 1988 : p 11-12.

يتم اللجوء إليه هو مستبعد لأننا نعتقد بأن الأمر لا يتعلق بحريتين مختلفتين ولكن بأسلوبين ومقاربتين مختلفتين لمعالجة قضية الحرية. لماذا؟ لأن الحرية واحدة ولأننا عندما ننطلق من الحرية القانونية فهذا لا يعني أننا لا نهتم بتلك الحرية الفلسفية. ففي الوقت الذي نعالج في القانون الضوابط القانونية فإننا في الفلسفة نتوقف بالضبط عند المفهوم لفحصه والبحث عن افتراضاته المسبقة وعن خلفياته الفكرية والروحية والثقافية

إن التداخل بين المفهومين يمكننا من الوقوف عند الحرية الخارجية التي تتولاها القاعدة القانونية باعتبارها إحدى تجليات الحرية وبالابعاد التي تتخذها؛ هذه الحرية الخارجية التي تعتبر عند كانط حجر الزاوية على مستوى الحق، في حين أن الحرية الداخلية تعتبر – حسبه – حجر الزاوية على مستوى الأخلاق(5). فالفعل الاخلاقي رغم خضوعه للقانون الأخلاقي أو الامر القطعي يبقى فعلا حراً لأن الارادة لا تخضع في هذا الفعل إلا لذاتها، أي للتشريع المنبثق عنها. هذا على أن الحرية الخارجية على مستوى الحق تعني الحرية منظورا إليها في نتائجها الملموسة. فالحرية الخارجية للفرد قد يحدث وتتعارض مع الحرية الخارجية لأفراد آخرين، ولهذا يجب تقييدها لأنها إذا لم تُقَيَّد وتخضع لشروط فإنها سوف تنتهي بأن تُلْغي ذاتها. لهذا اقتضى الامر تقييد الحرية للمحافظة عليها وذلك بوضع نظام لتعايش الحريات الخارجية، وهذا النظام الذي يحدد المجال الذي ينبغي أن تتحرك داخله الحرية الخارجية للافراد دون أن تتعارض مع حرية الغير هو نظام الحق(6). فوجود الدولة مثلا باعتبارها مجالا من مجالات الحق ليس غاية في حد ذاته وإنما وسيلة المحافظة على الحرية الخارجية للافراد. إن وجودها ليس مؤسسة عرضية بل ضرورة أخلاقية، وهي بمؤسساتها يجب أن تحمي الحرية الخارجية عن طريق تقييدها ولو اقتضى الامر اللجوء إلى العنف.

Kant (Emmanuel), la métaphisique des mœurs, 1 Théorie de droit. Garnier, Flammarion, 1987 (5)

(6) انظر نفس المرجع

2 – الحرية القانونية إحدى تجليات الحرية

بهذا يتضح لنا أن الحرية القانونية هي إحدى تجليات الحرية ونعرف الحرية العامة بأنها مظهر خاص للحرية بصفة عامة، منظمة قانونيا بواسطة النصوص الوطنية، الدستورية والتشريعية والتنظيمية وكذا الدولية وتخضع لحماية قانونية فعلية. أما الحريات بالجمع فتعني أن بعض مظاهر الحرية بصفة عامة قد اكتست طابعاً خاصا في حين أن نَعتها "بالعامّة" يعني أن هذه الحريات قد ارتقت إلى مستوى القانون الذي ينظمها ويحميها، يتم التمسك بها تارة في مواجهة الآخرين وأخرى في مواجهة السلطات العمومية [7]. وبقدر ما يتطلب هذا التعريف التمييز بين الحريات المعلن عنها والحريات المعترف بها قانونا فانه يؤكد إجماعاً حول مسألة أساسية تكمن في أن الحريات العامة وحقوق الانسان تبقى مجردة من كل دلالة إن لم تشكل فئة في القانون الوضعي. ذلك أن الطابع الوضعي والحمائي يظل قائماً حتى إذا ماتموقعنا في إطار التعريف الذي ينطلق من أن القانون كشكل منظم للعلاقات الاجتماعية، يتولى تنظيم السيطرة وراء ستار المشروعية في الوقت الذي يضع لها حدوداً؛ فقانون الحريات هو تعبير عن خضوع في الوقت الذي يعد نظاماً للحماية[8].

وإذا تقيدنا بالتعريف الذي انطلقنا منه فإن الدلالة التي يكتسيها نعت الحريات بالعامة توضح بأن هذا النعت لا يعني، أوّلاً، ان هناك حريات تستند إلى ممارسة جماعية كحرية التجمع والاجتماع والاضراب مقابل أخرى شخصية كحرية التعبير والمراسلة والمعتقد، كما لا يعني، ثانيا، أن هناك حريات تستند إلى ممارسة علنية كحرية التعبير مقابل أخرى شخصية وحميمية كالمراسلة والمسكن. إن حصر دلالة نعت الحريات بالعامة في انها تلك التي ارتقت الى مستوى القانون الذي ينظمها

(7) Roche (Jean) Pouille (André), Libertés publiques, Dalloz, 1997 : p. 7

(8) Charvin (Robert) Sueur (Jean-Jacques), Droits de l'homme et libertés de la personne, op. cit : p. 1

ويحميها يجعلنا نستبعد الإتجاه الذي يقضي بأن ذلك النعت يعني ضمنيا وجود حرية خاصة مميزاً بين الحريات الخاصة باعتبارها تهم العلاقة مع الخواص (حرية الزواج، حرية التعاقد، الحريات النقابية إزاء المشغل الخاص) والحريات العامة باعتبارها تهم علاقة المواطنين مع الدولة[9]. فمقياس الحرية الخاصة يقوم على أنها مخولة لعدد قليل ومرفوضة للآخرين كالحق في الملكية، اما مقياس الحرية العامة فيكمن في أنها مخولة للجميع. بيد أن جميع الحريات هي حريات عامة حيث إنها لا تجد مجالها في القانون الوضعي الا عندما تكرس الدولة المبدأ وتنظم ممارستها وتضمن احترامها[10]. إننا لا يمكن أن نتصور بأن الحرية النقابية او حرية الرأي لا يمكن أن تكون حريات عامة الا في مواجهة المؤسسات العمومية لتصبح حريات خاصة في مواجهة المشغل الخاص[11]. هذا على ان دلالة الحريات العامة هاته تسير في الاتجاه الذي يجعلنا نستبعد إقامة تراتبية داخلها على أساس أنّ الحريات المعترف بها ليست لها نفس الأهمية وباعتبار ان هناك نواة صلبة تتمثل في الحريات الأساسية. لماذا؟ لان كل الحريات أساسية بمعنى أنها ضرورية لتفتح الشخصية الانسانية. هنا يذهب جورج بيردو إلى القول بأن هناك "تضامن بين الحريات" [12] حيث إن الحريات الأخرى تصبح مهددة بمجرد المساس بواحدة منها، ذلك أن "حرية الانسان لا يمكن ان تتجزأ دون ان تستتبع مساساً بالكرامة الانسانية" [13].

إننا لن نسقط بفعل التعريف الذي انطلقنا منه في التوجه الذي

(9) حول هذا التقسيم انظر :

Robert (Jacques) Duffar (Jean), Libertés publiques et droit de l'homme, op. cit : p. 12-13.

(10) Rivero (Jean), Les libertés publiques, Tome 1 les droits de l'homme. Presses universitairs de France . Paris : 1991 : p. 22-23.

(11) انظر في نفس المرجع ونفس الصفحات.

(12) Burdeau (Georges), Les libertés publiques, Libraire générale de Droit et de jurisprudence, Pari, 1972 : p. 98.

(13) انظر نفس المرجع، ص 97.

تنطوي عليه جملة من الكتب حول الحريات العامة وحقوق الانسان، هذا التوجه الذي يبدو من خلاله تاريخ الحريات وكأنه نهائي في دول في حين تحاول دول أخرى اللحاق به[14]. إن هذا التوجه، ضمنياً كان أم صريحاً، يتعارض مع ما يفيد بأن قانون الحريات العامة هو عبارة عن خلق متجدد في جميع الدول وأن الحريات العامة كإحدى تجليات الحرية هي تعبير عن صراع لا ينضب في جميع الدول، متقدمة كانت أم لا، وأن لائحة الحريات العامة تظل مفتوحة مهما بلغت درجة التقدم الاقتصادي والاجتماعي في الدولة. هذا على اننا لن نغفل الاشارة بأنه ليس هناك نظام جاهز للحريات العامة في كل زمان ومكان، وبأن التطور في هذا المجال ليس بحتمي ولا يخضع لعملية تصاعدية. إن نظام الحريات العامة يخضع لحركة مد وجزر تجعلنا نبتعد عن تقسيم الدول بصفة ميكانيكية إلى دول اشتراكية ودول رأسمالية، أنظمة ديكتاتورية وأنظمة ديموقراطية بل حتى الديموقراطية فإنها، حسب تعبير جورج بيردو، ليست نابعة عن اختيار حر، إنها بمثابة تسجيل للصراعات المتواجدة اكثر منها إعلان عن رغبة فعلية لتجاوزها. فليس هناك حزب يشعر بأنه قوي لدرجة فرض وجهة نظره. إن التعددية الحزبية تصبح "حماية ضد تجاوزات ومناورات الآخرين"، "واجهة يَسْتَلُّ خلفها كل حزب أسلحته"، وعليه، فإن "الديموقراطية شكل للتعايش الذي لا يمكن وضع حد له دون الانخراط في مغامرة تفضي إلى الهاوية"[15].

إن تاريخ الحريات بعد الثورة الفرنسية والظروف التي تمخضت عنها الجمهوريات المتعاقبة تعد معبر عن حركة المد والجزر هاته، وهذا ما نلمسه من التحليل الذي يبين كيف ان العنف والقمع الذي واكب نشأة

(14) انظر على سبيل المثال :

Robert (Jacques), Libertés publiques et droits de l'homme. op. cit : 3. Colliard (Claude Albert), libertés publiques, Dalloz, 1989

Burdeau (Georges), La démocratie Seuil. 1956 : p. 166 (15)

كل جمهورية أفسح المجال "لحالة هدنة" طويلة - كالتي تحققها كل استشارة انتخابية - مهدت لنظام تتفتح فيه الحريات دون مجازفات او خطورة[16]. كما أن القمع النازي الذي قاده الحزبُ الاشتراكي الوطني عرف مرتعه في دولة أوروبية عرفت فيه الصناعة والثقافة تقدما لا يستهان به. من هنا الحذر من الانزواء في تحديد أفق الحريات العامة بالنظر الى الحرية كنمطين: نمط التمتع في دول ونمط الحرمان في أخرى[17]، ومن التعامل معهما بصفة قاطعة وحاسمة. إننا لا نغفل بأن نظام الحريات القائم يتأثر بالمساواة هل هي فعلية ام شكلية بل وأن نظام الحريات القائم لا يعمم مزاياه بصفة متساوية على الجميع[18]. ومهما كان من أمر وجاهة التعليلات للتمييز بين الحريات الشكلية والحريات الفعلية والابعاد التي يتخذها بعضها[19] فإننا لن نسقط بفعلها في الاستهانة بدور القانون في إغناء وتأطير الحريات العامة. ومهما كان من شأن الطابع الوضعي للحريات العامة فإن الاعتبارات التي أوردناها تستدعي تسليط الضوء على الحريات العامة كمسلسل بين التقدم والتعثر.

II – الحريات العامة مسلسل بين التقدم والتعثر

إن التعامل مع الحريات العامة كمسلسل بين التقدم والتعثر لا يعني التمرد على الطابع الوضعي الذي تتميز به. لماذا ؟ لأن الطابع الوضعي يظل قائما مهما كان من شأن الاعتبارات التي تصل إلى حد اعتبار أن الانسان غائب "عن قانون حقوق الانسان" وأن "قانون حقوق الانسان" هو قانون بدون إنسان نظراً لأن القانون الوضعي لا يعرف من "الانسان القانوني" إلا كفاءته العامة في أن يكون محل حقوق التزامات[20]. إن

Charvin (Robert) Sueur (Jean. Jacques), Droits de l homme et liberté, publiques, op. cit, p : 10. (16)

(17) انهما النمطان اللذان حددهما :

Moaqit (Mohammed). Liberté et libertés publiques, Ediff, 1996 : p 7.

Charvin (Robert) Sueur (Jean-Jacques), Droits de l homme et libertés publiques, op. cit : p 28. (18)

(19) هذه الابعاد التي بلغت مداها عند كارل ماركس برفضه الحريات الشكلية.

Charvin (Robert) Sueur (Jean-Jacques), Droit de l'homme et libertés de la personne, op. cit : p 19. (20)

دور القانون في تأطير الحريات العامة يظل وارداً وملحاً. وحتى إذا اعتبرنا أن تحقيق الكائن الانساني يمر بالضرورة عبر "بنائه الذاتي" فإن "حقوق الانسان هي بكل بساطة حقوق الانخراط في مسلسل يُمكّنه من أن يصبح إنساناً" (21).

إن التعامل مع الحريات العامة كمسلسل ينطلق من أن الحريات العامة، مُعلن عنها أم مطالب بها، لا ترتقي إلى الحريات العامة، أي أنّها لا تكتسي الطابع الوضعي، إلاّ بواسطة الاعتراف بها وإقرارها في قوانين الدولة. بيد أن مرحلة الاعتراف والاقرار تندرج في إطار مسلسل من الصعب تجريدها عنه، ومن هنا التعامل مع الحريات العامة كمسلسل وذلك نتيجة للتعامل مع مرحلة الاقرار والاعتراف كجزء من مسلسل. إن هذا المسلسل هو الذي يتحكم حسب تقدمه أو تعثره في المساحة التي تحتلها الحريات العامة داخل الدولة، فدائرة الحريات العامة قد تتسع عندما يتقدم هذا المسلسل لتجد الحريات المعلن عنها والمطالب بها تتويجها بواسطة الاعتراف بها، كما أن دائرة الحريات العامة قد تتقلص عندما يتراجع ويتعثر المسلسل بدلاً من أن يتقدم في اتجاه الاعتراف. إن هذا المسلسل يسمح بضبط النظام القانوني للحريات العامة أو بالاحرى مساحة الحريات العامة التي تختلف لا حسب الانظمة السياسية فقط ولكن حسب الفترات التاريخية للدولة وحتى داخل النظام السياسي بعينه. وكما ان فترات الاحتلال الاستعماري تعد معبرة عن اتساع دائرة الحريات المطالب بها والوقوف عند عصر الانوار لا يعني انطلاق مسار الحريات العامة في مجتمعات ما بكيفية تصاعدية لا تقبل المد والجزر، فإن نظام الحريات العامة داخل نظام سياسي يُغري بالقول بأنه "يُعبّر عن مفهوم خاص للحرية لا يتغير فقط حسب الأ زمنة والامكنة بل يرتبط منطقيا وثقافيا مع نسق من القيم من بين الانساق الممكنة في ظل النظام

(21) Jacquard (A), Biologie et droits de l'homme dans Pour les droits de l'homme, Mélanges en l'honneur de l'ADLF libertés. 1983 : p. 41.

السياسي المعين" (22). ويتجاوز الامر هذه الحدود بحيث إن هذه الانساق هي التي قد تتداخل بدورها بحيث تؤثر سلبيا أو إيجابيا في نظام الحريات العامة، وهذا في ظل النظام السياسي الواحد(23).

إن اختلاف مساحة الحريات هاته بناء على الاعتبارات التي ذكرناها، يستدعي إدخال نوع من المرونة على تقسيم الحريات الى معلن عنها ومعترف بها واستبعاد التعامل معه بمنطق القطيعة. فالمسافة بينهما متقلبة بحيث إن البون بينهما قد يكون شاسعاً كما قد يسير في اتجاه التداخل والتقاطع، ومن هنا أهميتها المتفاوتة في فهم نظام الحريات العامة.

إن معطيات كهاته بقدر ما تصب في اتجاه التقلبات لتفسّر أن نظام الحريات غير مستقر وغير متجانس فإنها تبين بأنه نتاج الظرفيات والبنيات والارادات الانسانية. لهذا فإذا كانت الاطراف الفاعلة فيه تتجاوز إرادة الحاكمين إلى المحكومين فإنه يتضمن مجموعة من الحريات التوفيقية والمنتزعة التي تعد وليدة مواجهات ومفاوضات كحرية الاضراب والحرية النقابية؛ هاته التي بالرغم من انتزاعها فإنها تفسح المجال "لضبط اجتماعي متناسق وأقل تكلفة من التدخل لفرض "سلم اجتماعي" يختل دون محالة بواسطة حركات غير متوقعة"، كما أن هذه التقلبات تجعل نظام الحريات "المجال الذي يحتوي كل التناقضات لمجتمع ما في فترة معينة من تاريخه. إنه حصيلة مؤقتة لهذه التناقضات وحل جزئي ومؤقت لها"؛ هذا على "أن غاية نظام الحريات هي بدورها غير مؤكدة" (24). فكما ان التطورات التاريخية تبين كيف ان نتائج حرية كحرية الاعلام يمكن ان تحيد عن الهدف المتوخى منها فإنه يبين أنه لا يوجد هناك مجتمع ما خلف – وهذا حسب جورج بيردو – الفرق الشاسع بين الحاكمين والمحكومين.

(22) Freeden (Michael), "Entre socialisme et libéralisme", dans La liberté, Pouvoirs, n° 82, 1998, Seuil, pp. 45 et S.

(23) Charvin (Robert)Sueur (Jean-Jacques), Droits de l'homme et libertés de la personne. op. cit ; p. 28-29

(24) انظر نفس المرجع : ص 29.

بالنسبة لهذه المعطيات يكتسي تعريف الحريات العامة دلالته الاساسية، أي باعتبارها الحريات المعترف بها للفرد قانوناً، المنظمة والمحمية بواسطة الدستور والتشريع والتنظيم داخل الدولة. هذا الوجود القانوني داخل الدولة الذي يتدعم بالتزاماتها الدولية في مجال الحريات العامة وحقوق الانسان حيث البعد الدولي الذي اتخذته يذكر بتضمينها في المواثيق والاتفاقيات الدولية.

III – الحريات العامة وحقوق الانسان : من الترادف الى التمايز

عندما نعَرِّف الحرية العامة بأنها مظهر خاص للحرية بصفة عامة ارتقت إلى مستوى الحق بواسطة النصوص الوطنية والدولية فإننا نكون أمام التداخل بين البعدين الوطني والدولي في تنظيم وحماية الحريات العامة. إنه تداخل يعد معبراً عن التحول النوعي الذي عرفته حقوق الانسان بتدويلها الذي انطلق مع الاعلان العالمي لحقوق الانسان لسنة 1948 والعهدين الدوليين لسنة 1966 بحيث يتعلق أحدهما بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والآخر بالحقوق المدنية والسياسية. هذا التدويل الذي تمثلت أبعاده في نشأة القانون الدولي لحقوق الانسان. ولكن التداخل محدود لأنه لا يعني التطابق والترادف بين الحريات العامة وحقوق الانسان. إن التمايز بين المفهومين بقدر ما يبتعد بنا عن الظروف التاريخية التي تبلورت فيها الحريات العامة، والتي كانت تصب في اتجاه الترادف بينهما، بقدر ما يرسم لنا حدود التداخل بينهما محدداً إياها في الطابع الوضعي والمضمون الديناميكي.

إن التقاء الحريات العامة وحقوق الانسان في أنهما تشكلان فئة في القانون الوضعي يفسر كيف أن تدويل حقوق الانسان يبتعد عن التعامل مع هذه الاخيرة كمفاهيم فضفاضة تختلط بفلسفة القانون الطبيعي

وتتعالى عن الاعتراف بواسطة النصوص القانونية، ويحذو بنا إلى التعامل معها بعيداً عن الظروف التاريخية التي نشأت فيها الحريات العامة حيث كانت تعبيراً عن فلسفة حقوق الانسان التي ارتبطت بعصر الانوار.

أما التقاء الحريات العامة وحقوق الانسان من حيث مضمونهما الديناميكي فهو ما وجد تعبيره في دلالة الحقوق المتضمنة في كليهما وفي الاغناء الذي عرفه كل منهما. هذا على أن المضمون الديناميكي لا ينطوي على وحدة المضامين التي لم تتحقق إلا تاريخياً[25]. فالاطار التاريخي الذي تبلورت فيه الحريات العامة متجسدة في الحريات الفردية لايصرفنا عن التعامل معها بعيداً عن التطورات الاقتصادية والاجتماعية التي جعلتها تغتني بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية، هاته التي أفرزت لنا الحريات الجماعية، وكذا بعيداً عن تطور دور الدولة في هذا المجال، هذا دون ان تغفل ضرورة البحث في تجلياتها على المستوى الدولي. أما حقوق الانسان فمضمونها تجاوز الجيل الاول الذي تجد فيه الحريات العامة مجالها او الجيل الثاني المتمثل في الحقوق الاقتصادية والاجتماعية إضافة الى الجيل الثالث المتمثل في حقوق كالحق في السلم والبيئة والتنمية[26].

إن هذا المضمون الديناميكي هو الذي يفسر تعريف حقوق الانسان على أنها "مجموعة من الحقوق التي تحدد في آن واحد حرية الانسان والتفتح الكلي لشخصيته بالتطلع إلى مثَل يغتني باستمرار دون أن ينضب"[27]. أما الحريات العامة فهي تحتل مكاناً متميزاً داخل فضاء حقوق الانسان. إنها شكل من أشكال حقوق الانسان التي ترتبط ارتباطاً

(25) Morange (Jean), Droits de l'homme et libertés publiques, Presses Universitaires de France, Paris, 1989.

(26) هناك من يرفض تصنيف الحقوق إلى أجيال، هذا على أن بعض الحقوق الجديدة يمكن إدماجها في إطار حقوق سابقة عليها مثل حق الانسان في أن يعيش في بيئة نظيفة الذي يمكن إدراجه مثلا مع حق الانسان في السكن.

(27) Roche (Jean) Pouille (André), Droits de l'homme et libertés publiques, op. cit : p. 5.

وثيقاً بحريته(28). وإن كانت الحرية، وبالتالي الحريات العامة، تتأثر عند البعض بالبعد الذي تكتسيه المساواة(29)، فإن الاغلبية ذهبت إلى اعتبار أن الحريات العامة شكل من أشكال حقوق الانسان اكتسى وجوداً قانونيا داخل الدولة بتنظيمها وحمايتها، توجد على المستوى الدولي في صلب القانون الدولي لحقوق الانسان وتُشكِّلُ الجيل الأول من هذه الحقوق.

ومهما كانت الاعتبارات فإن الحريات العامة إذا كانت حقوقاً للانسان فإن كل حقوق الانسان ليست بحريات عامة بحيث إن المفهومين يلتقيان ويتقاطعان ولكن دون أن يشمل أحدهما الآخر(30). وبالرغم من الالتقاء حول الطابع الوضعي والمضمون الديناميكي فإن الابعاد التي اتخذها تدويل حقوق الانسان تمثلت في أن الفرد أصبح شخصاً للقانون الدولي، حيث القانون الدولي لحقوق الانسان يتعالى على الدول ليتعامل مباشرة مع الكائن الانساني اي مع الشخص. أما مفهوم الحريات العامة فإنه يكتسي دلالته بالنظر الى القانون الداخلي لكل دولة مع اعتبار ان تدويل حقوق الانسان يحد من سيادة الدولة في هذا المجال(31).

* * *

بناء على ما تقدم نتناول الحريات العامة التي تتميز بالطابع الوضعي، أي المنظمة والمحمية من طرف القانون، باعتبارها حريات التصرف والاختيار التي لا تعنى في هذا المجال حرية الارادة في التصرف من تلقاء ذاتها والتي تندرج في إطار الحرية الفلسفية. إنها حريات الانسان التي قد تمارس بصفة فردية أو جماعية؛ الحريات العامة التي تعتبر ذلك الفرع من فروع القانون "قانون الحريات العامة" الذي يهتم بدراسة القواعد التي تتظافر من أجل تنظيم وحماية الحرية، وتعد بهذا

(28) انظر نفس المرجع ص : 6.

(29) Burdeau (Georges), Les libertés publiques, op. cit : p. 99 et S.

(30) Rivero (Jean), Les libertés publiques, Tome 1 Les droits de l'homme, op. cit : p. 25.

(31) Leclercq (claude), Libertés publiques, Litec, Paris, 1994 : p. 5.

محط التقاء الميادين القانونية. فهي لا تستمد وحدتها من خصوصية القواعد التي تتضمنها وإنما من وحدة الموضوع الذي تتناوله مما يجعلها كمادة تجسد تكسير الحواجز بين ميادين القانون التي تجد اساسها في تقسيمه الى عام وخاص. وبالرغم من أن الحريات العامة لا تشتمل كل حقوق الانسان فان دراسة نشأتها وتطورها التاريخي لن تتم بمعزل عنها. بهذا نكون قد مهدنا لإقرار الحريات العامة باعتبارها الخطوة الاساسية في انتقال حرية أوحريات ما الى دائرة الحريات العامة؛ هذه المرحلة المتمثلة في إقرار الحريات العامة تعرف أبعادها في تنظيم ممارستها. إن هذا الكل يكتسي دلالته وبعده الحقيقيين بالنظر الى حماية الحريات العامة.

بناء على ما تقدم سيتضمن هذا الكتاب الاقسام الآتية :

القسم الأول : الحريات العامة وحقوق الانسان، البوادر والامتدادات

القسم الثاني : إقرار الحريات العامة.

القسم الثالث : تنظيم ممارسة الحريات العامة ومتطلبات النظام العام

القسم الرابع : حماية الحريات العامة

القسم الأول

الحريات العامة وحقوق الإنسان
البوادر والامتدادات

إنها البوادر والامتدادات التي كانت حاسمة في إعطاء الطابع الوضعي للحريات العامة وذلك بتدوينها إن على المستوى الوطني أم على المستوى الدولي. إن هذا التدوين الذي عرف مجاله في نطاق جغرافي معين في إطار الدولة – الامة في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر وذلك على مستوى قوانينها تمثلت أبعاده على المستوى الدولي في القرن العشرين في الاعلانات والعهود والاتفاقيات الدولية. إن تحديد البوادر والامتدادات انطلاقاً من الطابع الوضعي يبدو من جهة وكأنه لا ينصرف إلى البحث في منبع حقوق هناك من اعتبرها بمثابة "قوانين غير مكتوبة، لا تتزعزع (...) ليست بنت اليوم ولا بنت الامس، ولا أحد يعلم متى ظهرت"(1) ويبدو من جهة أخرى وكأنه يحسم سواء مع الاتجاه الذي يتخذ من استمرارية القانون الطبيعي وانبعاثه أساساً لحقوق الانسان (2) او مع ذلك الذي يتعامل معها كنتاج لصراعات تاريخية ولعوامل سوسيو ثقافية وسوسيو اقتصادية(3). أيعني تحديدنا هذا ان "المهم لا يكمن في القواعد الدينية أو الأخلاقية" ذلك "أن نظرية الحريات العامة، بمعنى

(1) إنها قولة سوفقليس على لسان أنتيجونا انظر في هذا المجال : تراجيديا سوفقليس، ترجمة عبد الرحمان بدوي، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت، 1996 : ص 175.
(2) انظر نفس المرجع ص : 21-24.
(3) انظر في هذا المجال عرضاً قيما لجملة من الطروحات ومناقشتها في اطروحة :
Karem (Mohamed), La notion des droit de l'homme au Maghreb, Essai sur une nouvelle culture politique, thèse pour le doctorat en science politique, Faculté de droit et de science politique d'Aix Marsseille, 1991. pp. 1-14.

الاعتراف للفرد ببعض الحقوق تنحدر من القانون الوضعي لا من القانون الطبيعي : ليس هناك أسمى من القانون الوضعي بطبيعة الحال، هناك تشريعات وضعية قد تكون بصيغة أو بأخرى ليبرالية أو فردانية أو متطابقة مع مثل أعلى، ولكن هذه مسألة أخرى" (4) ؟

مع كل الاعتبارات السالفة فإن تحديدنا للبوادر والامتدادت بالنسبة إلى الطابع الوضعي لا ينفي بأن الحرية إن كانت قيمة أساسية في كل المجتمعات، فإن الصراع من اجل إقرارها في مواجهة السلطة يمتد عبر المراحل التاريخية دون أن ينضب، وهذا الصراع هو الذي عرف امتداداته بإعطاء الحرية طابعاً وضعيا تحت لواء حقوق الانسان في القرن الثامن عشر وذلك في اطار الدولة – الأمة. من هنا يكون وجود الحرية في قلب الحقوق الفردية او ما يُتعارف عليه بحقوق الطبيعة الانسانية، التي هي بمثابة حقوق الانسان المجرد، حيث يصعب عزلها عن التحولات المجتمعية التي عرفها الغرب الاوربي في مرحلة الرأسمالية التنافسية وعن الايديولوجية الليبرالية التي ارتبطت بها. إن التطورات الاقتصادية والاجتماعية التي عرفها القرنان التاسع عشر والعشرين والتي لعب فيها الفكر الاشتراكي دوراً لا يستهان به هي التي تفسر تجاذب حقوق الطبيعة الانسانية بين الإغناء الذي تتحكم فيه متطلبات الانسان الواقعي وبين البدائل التي تنطلق من رفض حقوق الطبيعة الانسانية وتتحكم فيها متطلبات خلق انسان جديد متحرر. أمّا المسار الذي سيعرفه تدويل حقوق الانسان فهو الذي سيفسح المجال لتطور حقوق الانسان بتخليصها من الطابع الايديولوجي الذي ارتبطت به والتعامل مع الانسان كشخص للقانون الدولي، هذا التطور الذي يفسر نزوع البعض إلى الحديث عنها كإيديولوجية جديدة : ايديولوجية حقوق الانسان (5)

(4) Colliard (Claude Albert), Libertés publiques, Dalloz, 1989 : p. 18.

(5) Rivero (Jean), Les libertés publiques, Tome 1 Les droits de l'homme, op. cit

بناء على ما تقدم سنتناول في هذا القسم الفصول الآتية :

الفصل الأول : إقرار "حقوق الطبيعة الانسانية"

الفصل الثاني : تجاذب حقوق الطبيعة الانسانية بين ضرورات الإغناء ومتطلبات البدائل

الفصل الثالث : تدويل الحريات العامة وحقوق الانسان

الفصل الأول

الانطلاقة : اقرار "حقوق الطبيعة الانسانية"

إن الحريات العامة وحقوق الانسان كما تم إقرارها في جل دساتير نهاية القرن الثامن عشر والتاسع عشر هي بمثابة حريات فردية، مدنية وسياسة، حريات التصرف المعترف بها للفرد في مواجهة الدولة، التي يتحدد دورها في الامتناع عن كل ما من شأنه عرقلتها. إنها حقوق الانسان المجرد التي تقوم على مفهوم معين للحرية والمساواة، تجد اساسها في الإقرار بمسلمة الطبيعة الانسانية، هذه المسلمة التي تراوحت ردود الفعل إزاءها بين الحذر والرفض. من هذه الاعتبارات أن الامر يتعلق بالبحث عن دواعي تطلع الانسان إلى الحرية لا من خلال تمظهرات خصائصها الكامنة في حالة الطبيعة ولكن في واقعه المعقد الذي يتحكم فيه علاقات اجتماعية واقتصادية وسياسية بحيث إننا بدل أن نكون أمام الانسان الكائن الاخلاقي فإننا نكون أمام الانسان ككائن حي. هل نذهب اذن مع كانط لتبرير فكرة الطبيعة الانسانية باعتبارها تندج في افق تدوين أساس كوني للحرية (6)؟ مهما كانت الاعتبارات فالحريات العامة وحقوق الانسان بالمفهوم الذي ذكرناه أعلاه لا يمكن عزلها عن التحولات

(6) نحيل إلى النقاشات القيمة لعدد من الاطروحات وذلك في مقدمة أطروحة :
Karem (Mohamed), La notion des droits de l'homme. Essai sur une nouvelle culture politique, op. cit : pp 1-14.

المجتمعية التي ستتمخض عن إرساء دعائم نظام تكون الليبرالية أساسه الايديولوجي والديموقراطية شكله السياسي والرأسمالية نظامه الاقتصادي، هذه التحولات التي تعبر عن تطلعات البورجوازية المتعطشة إلى الحرية الفردية والملكية الخاصة في صراعها ضد الاقطاع في مرحلة الرأسمالية التنافسية في إطار الدولة - الأمة. لذلك ستتولى دراستها انطلاقا من :

I - المرتكزات الفكرية والفلسفية

II - الوثائق الانجليزية واعلانات اميركا الشمالية

III - ترجمة الحقوق الطبيعية في بيان حقوق الانسان المواطن

I - الاطار الفلسفي والفكري

بالرغم من ارتباط حقوق الانسان والحريات العامة بعصر الأنوار فإن هذا الارتباط لا يوحي بالقطيعة وإنما بالاستمرارية مع تيارات فكرية تعد فلسفة الحقوق الطبيعية تتويجاً لها. إنها التيارات التي حملت في أحشائها ثورة على المفاهيم الدينية في تنظيم المجتمع سواء من الناحية الاقتصادية وذلك بتدعيم الربح والملكية الخاصة(7) أم من الناحية السياسية حيث تضمنت نقاشاً حول مفهوم السيادة(8). هذا النقاش ينطلق من تأسيس مجتمع سياسي مستقل، مجرد من كل طابع ديني، وإعطاء القانون أصلاً دنيويا وكذا توحيد الحكم وممارسته في إطار الدولة في شخص الامير والتعامل معه بالنظر إلى فكرة المشروعية. إنه نقاش يصل إلى إرساء مفهوم السيادة باعتبارها القاسم المشترك بين الانظمة، ديمقراطية أم ملكية أم أرستقراطية. هذا المفهوم الذي سيعتمد عليه

(7) (Mairet) Gérard, "L'éthique marchande", in Histoire des idéologie, sous la direction de François Châtelet, Tome II, de l'Eglise et l'Etat du IX au XVII siecle, Hachette, Paris, 1978 pp. 212 -216 et 220.

(8) Mairet (Gérard), "La génése de l'Etat Laïque : de Marsile Padoue à Louis XV", In Histoire des idéologies, Tome II, op. cit : p. 284 et S.

الحقوق الطبيعية سابقة عن المجتمع السياسي

غروسيوس ليؤسس بنيان القانون الحديث، وهو ما سيتناوله جان جاك روسو في إطار ما أسماه بـ "القانون السياسي"[9].

إن أهمية النظريات التعاقدية التي تطورت عند رواد مثل توماس هوبس (1588-1679) وجون لوك (1632-1704) وجان جاك روسو (1712-1778) تكمن في إقرار الحقوق الطبيعية السابقة على المجتمع السياسي وفي تأسيس الطابع الانساني للدولة التي تنشأ عن تعاقد حر بين الافراد نابع عن إرادة الأفراد. غير ان الفيلسوف الانجليزي جون لوك يبرز من بين هؤلاء. لماذا ؟ لأننا نجد عنده الحقوق الطبيعية السابقة على المجتمع السياسي التي لاتقبل التنازل والتفويت بتأسيسه. فالعقد الاجتماعي لا تنبثق عنه السلطة المطلقة التي تفسح المجال لهيمنة الدولة (توماس هوبس) او لهيمنة الارادة العامة التي يتجسد بواسطتها تحقيق التصالح بين السلطة والحرية (جان جاك روسو). إن الحرية عند لوك، هي أساس النظام الاجتماعي والحقوق الفردية لا تستمد مشروعيتها من الدولة. سابقة على الدولة فهي تمكن الافراد من التمسك بها لمواجهتها. هذه هي الدلالة الفعلية لتحليل يقضي بأن المجتمع السياسي يقوم على مبدأ الإتّفاق الملزم للحاكمين والمحكومين، الذي لا يتنازل الافراد بمقتضاه للدولة التي تجسد لنا "جمهورية الملاكين"[10] إلاّ على حق المحافظة على الملكية الخاصة ومعاقبة كل من يسطو عليها باعتبارها تشكل أصل وهدف الحياة السياسية. هذا على أن التنازل يتم إلى سلطة ديموقراطية تتعارض مع السلطة المطلقة، والسلطة التشريعية في نظره هي السلطة العليا في المجتمع ولا تحدها إلا القوانين الطبيعية وتعد باقي السلط تابعة لها،

(9) انظرنفس المرجع : ص 312-313.

(10) Mairet Gérard, La génése de l'Etat Laïque, de Marsile de Padoue à Louis XIV, in Histoire des idéologies, Tome II, op. cit : p 320.

انظر كذلك :

Locke (Jhon). Deuxième traité du gouvernement civil, Librairie philosophique, J.Vrin, Paris, 1977 : pp 90-104.

وتجاوزها يفسح المجال لحق الثورة ضد التعسف والطغيان. إن فكرة فصل السلط هاته هي التي سيتناولها مونتيسكيو على أساس انها ضمان الحرية لتحدد ها بناء على دور القانون في الدولة وهذا في كتابه روح القوانين.

II - دور الوثائق الانجليزية وإنجازات اميركا الشمالية

بالرغم من أن التاريخ الدستوري والسياسي الانجليزي يرتبط بالتجريبية وتحتل فيه الاعراف مكانة لا يستهان بها، فقد تخللته منذ القرن الثالث عشر مجموعة من الوثائق المكتوبة تشكل طفرة فعلية في إعطاء الطابع الوضعي للحريات العامة، تلتقي في تضمينها حريات الاشخاص والحريات السياسية، وتصب في اتجاه تحديد السلطات الملكية وضمان الحريات الفردية بحيث إن هناك من ذهب الى اعتبارها بمثابة "عقد إجتماعي يربط بعمق الشعب الانجليزي بمؤسساته"[11]. وتتمثل هذه الطفرة النوعية في أن الاعتبارات المتعلقة بالشكل والمضمون تختلط بالضمانات، أي بالوسائل الاجرائية اللازمة لحمايتها. إننا لسنا أمام الاعلان عن مبادئ مجردة بل امام تكريس حقوق ملموسة بواسطة مسطرة معقدة تختلف عن مسطرة التشريع الملكي العادي[12]؛ حقوق الانسان الواقعي الانجليزي التي تعتبر في آن واحد كرد فعل عن التجاوزات وتتضمن المساطر الكفيلة بحمايتها.

إن العهد الأكبر لسنة 1215 يشكل انطلاقة هذا المسار. فقد جاء بعد أتفاق الملك والبارونات عقب تمرد هؤلاء، بمقتضاه يلتزم الملك ألا يوقف أو يسجن أي رجل وألاّ يؤذي أو ينفي أو يجرد من أملاكه أو يعتبر خارجاً عن القانون إلا وفق الاجراءات القانونية وبناء علي حكم عادل طبقاً لقوانين الدولة. كما يتعهد ألاّ يطالب بجمع المال أو بأيّة مساعدة دون

(11) De la Rochère (Dutheil), "Le pouvoir judiciaire et les liberté au Royaume Uni", dans La grande Btretagne, Pouvoirs, n° 37, 1986 : p. 102.

(12) Ardant (Philippe), "Les constitutions et les libertés", dans la liberté, Pouvoirs, n° 84, 1998 : p 63.

موافقة المجلس الاستشاري إلا في حالات معينة، ويقر حق التجار في مغادرة انجلترا والعودة إليها بكل أمان . ويتوج ملتمس الحقوق لسنة 1628 ووثيقة الهابياس كوربيس لسنة 1679 التطورات السابقة الخاصة بحماية الافراد من الاعتقالات التعسفية . اما إعلان الحقوق لسنة 1688 الذي شكل شرطاً من شروط اعتلاء العرش فمن بين نصوصه ان السلطة الملكية التي توقف مفعول أو تنفيذ القوانين دون موافقة البرلمان أو التي تعفي الافراد من الخضوع الى القوانين "تعتبر غير قانونية" وان "المطالبة بمال للتاج بحجة ان هناك امتيازاً له بدون أخذ موافقة البرلمان لوقت اطول وبطريقة غير الطريقة الواجبة الاتباع ودون موافقة البرلمان عليها تعتبر غير قانونية" وأنه "من حق الرعايا التقدم بعرائض للملك، وكل اعتقال أو إجراء يتخذ ضدهم يعتبر غير قانوني" وانه "لا يجوز عرقلة حرية الكلام والمناقشة داخل البرلمان . ولا يجوز أن تكون هذه المناقشة البرلمانية موضوع إشكال أمام اي محكمة او في اي مكان آخر خلاف البرلمان ذاته" .

أما انجازات اميركا الشمالية في القرن الثامن عشر فتتراوح أهميتها بين الإعلان عن الحريات والاعتراف بها بإعطائها طابعا وضعيا دستوريا . هنا نميز بين ثلاثة مستويات :

□ تصريح استقلال المستعمرات الثلاثة عشرة المنتفضة ضد انجلترا بتاريخ 4 يوليوز 1774 الذي على الرغم من أهميته فإن حدوده في إعطاء الطابع الوضعي للحريات العامة تتمثل في كونه لم يحرر على رأس أول دستور للولايات المتحدة الاميركية . إنه لا يكتفي بعرض دواعي القطيعة ولكنه يتجاوزها الى اقتراح تعريف لحقوق وواجبات المواطنين والدويلات . هذا التصريح الذي لا يخلو من طابع ديني ولا يسهب في البحث عن أساس الحقوق الطبيعية ينص في مقدمته على أنه "يعتبر كحقائق بديهية بذاتها كون البشر يولدون متساوون ، أن الخالق حباهم بعدد من الحقوق التي لا يجوز تفويتها، من بينها الحق في الحياة، وفي الحرية، وطلب السعادة، وان الحكومات إنما اسست لضمان هذه الحقوق وان سلطتهم الفعلية تنبع من موافقة المحكومين" .

□ اعلانات الحقوق لكل من المستعمرات الاميركية الثلاثة عشرة التي حررت على رأس دساتير دويلاتها . من هنا أهميتها في دعم الطابع الوضعي للحريات : إن أهمها هي أولاها التي حررت على رأس دستور ولاية فرجينيا بتاريخ 12 يونيه 1776 حيث الطابع الديني المهيمن على تصريح الاستقلال يسير جنبا إلى جنب مع تأثير فلسفة القرن، خاصة فلسفة لوك، من خلال التأكيد على أن "كل الناس هم بطبيعتهم أحرار ومتساوون ومستقلون" .

□ التعديلات العشرة الأولى التي عرفها الدستور الفيدرالي بتاريخ 17 شتنبر 1787 من السنوات المتراوحة بين 1789 و1791 والتي يتعارف عليها بقانون الحقوق . هنا نذكر أن النص الاصلي لم يتضمن أي تصريح للحقوق اعتباراً لأن الدولة الفيدرالية لم تكن معنية بالدخول في علاقات مباشرة مع المواطنين، ولم تظهر ضرورة حمايتهم منها إلا انطلاقا من سنة 1789 . كل هذا أفسح المجال لتنظيم بعض الحريات[13] بشكل يعبر عن التأثير الانجليزي الذي يهيمن عليه صاحب هاجس توفير الاجراءات المسطرية ضد التعسف . هذا على ان التعديل التاسع ينص على ان "ذكر بعض الحقوق في الدستور لا يعني إنكار حقوق اخرى يتمتع بها الشخص او الانتقاص منها" .

إن هذه التعديلات تنطلق من إقرار الحرية الدينية وحرية الصحافة والتعبير والتجمع "بألاَّ يصدر الكونغريس قانون يمنعها ويحد منها" ، ناهيك عن تقرير إمكانية الشخص في امتلاك الاسلحة . وتؤكد التعديلات حرمة المسكن بحيث "لا يحلُّ لجندي في أيام السلم أن يستقر في دار بدون موافقة صاحبها ولا يحق ذلك في زمن الحرب إلا بالكيفية التي ينص عليها القانون" على ان يكون الشعب "مأمونا في أشخاصه ودياره وأوراقه وتصرفاته من كل تفتيش او اعتقال غير معقول، ولا

(13) Toinet (Marie-France), Le système politique des Etats-Unis, Presses universitaires de France. Paris, 1987 : p 82-84

يصدر أمر باعتقال أحد الا اذا كان هناك سبب معقول يؤيده" مع "اشتراط تعيين المكان الذي يفتش بالضبط والاشخاص أو الاشياء التي تضبط". ويجد التأكيد على شروط المحاكمة العادلة أساسه في مقتضيات من بينها "ألا يكون أحد هدفاً لاتهام معين مرتين في قضية واحدة" و"ألا يكْرَه أحد في قضية جنائية على أن يكون شاهداً على نفسه" على أن يتمتع المتهم في جميع المحاكمات الجنائية "بحق محاكمة سريعة علنية بواسطة محلفين غير متحيزين الى الولاية، أو المنطقة التي اقترفت فيها الجريمة". أما الحق في الحياة والممتلكات فيجد أساسه في "ألا يُحْرَمَ أحد من الحياة أو الممتلكات بدون تطبيق القانون، ولا يستولى على ملك خاص لاستعماله في أغراض عامة بدون تعويض عادل".

III – ترجمة الحقوق الطبيعية في بيان حقوق الانسان والمواطن

يتم الالمام بها بالوقوف عند دلالاتها مروراً بمضامينها وانتهاء بحدودها.

1 – الدلالة

إن بيان حقوق الانسان والمواطن يشكل الحدث الذي يتضمن حل إشكالية العلاقة بين الثورة والشرعية، إنْ لم نقل المشروعية[14]. إنه ينطوي على ما يفيد بأن الثورة في الوقت الذي تستدرج قلبا كلّيا للنظام القانوني في الوقت الذي تؤسس نظاما قانونيا جديدا يتجاوز شكل النظام السياسي بإعادة بناء الترسانة القانونية ككل وذلك انطلاقا من بعث الفرد المجرد من العلاقات التقليدية[15]، هذا الفرد البورجوازي والمواطن

(14) Beaud (Olivier), "L'histroire juridique de la révolution Française est-elle possible?", dans la révolution française et le droit, Droits, n° 17, Puf, Paris, 1993 : p 4-7.

(15) انظر نفس المرجع ونفس الصفحة.

السياسي[16]. من هنا يكون التذكير بحقوق الطبيعة الانسانية[17] الذي يشير إلى جانب التطلع إلى تأسيس مجتمع سياسي جديد يكون فيه الدستور أداة لضمان الحريات العامة بمثابة تأكيد ضمني بأن البيان يختلط بالبنيان القانوني الذي سيقوم عليه النظام السياسي. هذا البنيان القانوني الذي يتجاوز كونه نظاماً استثنائيا او انتقاليا. من هذا الافق يستمد أهميته في إعطاء الطابع الوضعي للحريات العامة.

إن الاعلان عن بيان حقوق الانسان والمواطن بعد المصادقة عليه من طرف الجمعية الوطنية التأسيسية في 26 غشت 1789، بعد نقاشات لم تخل من ضرورة تضمينه على رأس الدستور وجعله "منبع كل القوانين الوضعية" يصب في اتجاه جعله وثيقة قانونية لها طبيعة دستورية، سيتدعم بتضمين جلها في أول دستور بعد الثورة الفرنسية سنة 1791[18]. وبالرغم من التقلبات الذي عرفها إعلان حقوق الانسان المواطن كنص دستوري بلغت حد تعويضه أحيانا بإعلانات أخرى فإن التطورات الحالية

(16) حول مفهوم المواطن السياسي إننا لا نجد النص عليه في دستور سنة 1791 وإنما في دستور1793. إن دستور 1791 يكتفي بتعريف المواطن في مادته الثانية من الباب الثاني كالتالي : إن المواطنين هم الذين ولدوا بفرنسا من أب فرنسي أو ولدوا من أب أجنبي واستقروا في المملكة، والذين ولدوا من أب فرنسي في دولة أجنبية... الخ. إن مفهوم المواطن السياسي نجده في دستور 1793، فهو ينص على أن كل انسان ولد ويسكن في فرنسا يبلغ إحدى وعشرين سنة مقبول بأن يمارس حقوق المواطن الفرنسي. في هذا المجال انظر :
Teillard (Lefebvre), Le citoyen, dans La révolution française et le droit; n° 17, Puf, Paris, 1993 : pp 33 et S.

(17) وهذا ما تم التعبير عنه في مقدمة الاعلان : "إن ممثلي الشعب الفرنسي المكونين للجمعية الوطنية، لما كانوا يعتبرون جهل حقوق الانسان أو نسيانها أو ازدراءها هي الاسباب الوحيدة للمصائب العامة ولفساد الحكومات فقد عقدوا العزم على عرض حقوق الانسان الطبيعية المقدسة التي لا يمكن التنازل عنها، ضمن إعلان رسمي حتى يكون هذا الاعلان حاضراً وبصورة دائمة أمام أعضاء الهيئة الاجتماعية مذكرا إياهم بحقوقهم وواجباتهم".

(18) Morange (Jean), La declaration des droits de l'homme et du citoyen, "Que sais je", Puf, Paris 1988 : 26-27

معبرة عن استمراريته لا كنص له قيمة معنوية فحسب، كما كان عليه الامر خلال الجمهورية الثالثة الفرنسية، او من خلال التنصيص على الحريات التي يتضمنها في دساتير عدة [19]، وإنما كنص له قيمة دستوريةفعلية في دستور سنة 1958 الذي لا يقصى المقدمة من مجال مراقبة دستورية القوانين التي يختص بها المجلس الدستوري، هذا على خلاف دستور سنة 1946. هذه الاستمرارية هي التي تم التوقف عندها كالتالي : "غالبا ما نقابل الاستقرار الدستوري في الولايات المتحدة الاميركية بانعدامه في فرنسا" ولكننا ننسى بسهولة بان الاميركين عندما كانوا يحتفلون بالمئوية الثانية للدستور الفيدرالي" فإنه يوجد في فرنسا نص دستوري، جزء لا يتجزأ من القانون الوضعي الذي يحتفل هو الآخر بمئويته الثانية : إنه بيان حقوق الانسان و المواطن لـ 26 غشت 1789" [20]؛ إن "تصريح سنة 1789 ظهر كنص قانوني مصوت عليه من طرف الجمعية التأسيسية. إنه يبقى قاعدة دستورية يُفرض احترامها على المشرع" [21] وبصرف النظر عن كل الاختلافات - بما فيها الجدل حول أهمية وخصوصية بيان حقوق الانسان والمواطن[22] - فإن التقاطع بين الوثيقتين يتمثل في أن الانخراط في إرساء دعائم حكم دستوري لم يكن معزولاً عن الانخراط في إعطاء الحريات طابعاً دستوريا.

2 - المضمون

في إطار ما تقدم ندرك دلالة الربط بين الحقوق المدنية بمعنى الحرية الاستقلالية وبين والحقوق السياسية بمعنى الحرية المشاركة. الأولى سابقة

(19) Rivero (Jean), Les droits de l'homme dans L ordre juridique française des origines à 1971, dans Les droits de l'homme dans le droit national en France et en Norvège. Economica, Presses universitaires d'Aix Marseille. 1990 : p. 68.

(20) Morange (Jean), La declaration des droits de l'homme et du citoyen, op cit : p 5.

(21) انظرنفس المرجع ونفس الصفحة

(22) Barret- Kriegel (Blandine), les droits de l'homme et le droit naturel, Quadrige/Puf. Paris 1989 : pp. 9 et S.

على تأسيس المجتمع السياسي والثانية لاحقة على هذا التأسيس[23]. كل بيان الحريات التي وجدت مجالها في السبعة عشر مادة التي تضمنها البيان المصادق عليه من طرف الجمعية التأسيسية في 26 غشت 1789. إنه صور لنا معالم مجتمع ليبرالي فرداني وتنافسي يتعامل مع الفرد المعزول عن الوسطاء والتجمعات متلائم مع مرحلة الرأسمالية التنافسية، يتحدد موقف الدولة فيه في الامتناع عن كل ما من شأنه عرقلتها.

إن الحرية الاستقلالية تختلط بالحرية المدنية وترتبط بحقوق طبيعية سابقة على المجتمع السياسي غير قابلة للتقادم والتفويت، يعتبر الحفاظ عليها هدف كل مجتمع سياسي : الحرية والملكية والأمن ومقاومة التعسف والطغيان، كما نصت عليها المادة الثانية، في حين ان المادة الاولى نصت على أن الناس يولدون أحرارا متساوين في الحقوق ويبقون كذلك. إن الحرية تعنى حسب الاعلان القدرة على القيام بكل ما لا يلحق ضررا بالآخرين ويندرج تحت لوائها حرية الفكر والرأي والتعبير والمعتقد. أما الامن الفردي فيختلط بتأسيس شروط المحاكمة العادلة وافتراض براءة المتهم حتى تثبت إدانته في حين اعتُبرت المِلْكية "حقا مصوناً ومقدساً، فلا يمكن لأحد أن يحرم منها الا عندما تقتضي الضرورة العامة المثبتة قانونيا ذلك بصورة واضحة وشرط التعويض العادل المسبق". ومع ذلك فاختفاء المساواة في المادة الثانية يجعل وضعها غامضاً ويوحي بأن تهميشها بالنسبة للحرية يجد تبريره في كونها قانونية : فهي إيذان بنهاية اللامساواة الناجمة عن الولادة أو الوراثة، وتجد مجالها أمام القانون وفي تقلد الوظائف العمومية وفي المساهمة في الاعباء العامة.

(23) إن هذين الصنفين : الحرية الاستقلالية والحرية المشاركة هو ما عبر عنه Benjamin Constant بحرية المعاصرين وحرية القدامى. الأولي تعني ان حقوق الانسان هي حريات بمعنى أنها تسمح لكل فرد أن يسير حياته الخاصة كما يريد وكما يروق له، بحيث تخوله هامشا من الاستقلالية. أما الثانية فتعني ان حقوق المواطن هي عبارة عن سلط تتيح له المشاركة في تسيير شؤون الدولة وتستبعد إمكانية التعسف من طرفها

ومع ذلك، فهما معاً مجردتان من الشروط المادية الكفيلة بممارستهما الفعلية، تلتقيان، أولا، في أنهما قانونيتان، فهما كخاصيتان لصيقتان بالطبيعة الانسانية لا تتخذان الابعاد والضمانات اللازمة إلا في اطار الحياة السياسية وتحت حماية الدولة ؛ وتلتقيان، ثانيا، في ان تكريسهما وسيرهما يتم بالطريقة التي لا تشكل عرقلة أمام الدولة.

إن الحرية المشاركة التي تختلط بالحرية السياسية هي لاحقة على تأسيس المجتمع السياسي، تعبر على أن حقوق المواطن هي سلط تتمثل في المساهمة في تشكيل الارادة العامة وفي الموافقة على الضرائب وفي المساهمة في الاعباء العامة. إنها – أي الحرية المشاركة – تعنى بان حقوق الطبيعة الانسانية إذا كانت تعد هدف كل مجتمع سياسي فإن إقرارها لا يتم بمعزل عن بنية النظام السياسي وعن طبيعة السلطة السياسية فيه. هذا النظام السياسي الذي يتعين فيه أن يقوم على الطابع الارادي للمحكومين بحيث يستمد أساسه من سيادة الامة باعتبارها وحدة مجردة عن الافراد الذين يكونونها. هنا تتداخل أفكار مونيسكيو وجان جاك روسو. إنه النظام التمثيلي الذي يقوم من جهة على مبدأ فصل السلط حيث فكرة الدستور والدولة الدستورية ترتبط، حسب المادة 16، بالمجتمع الذي تضمن فيه الحريات ويتحقق فيه فصل السلط، هذا الفصل الذي يشكل مفتاح الحماية إزاء تعسف السلط العليا في الدولة. ودون أن يشكل الاقتراع العام والمتساوي دعامة هذا النظام، فإن هذا الاخير يقوم من جهة على سمو القانون الذي يعد حسب المادة 6 "تعبيرا عن الارادة العامة، ولكل المواطنين الحق في أن يساهموا مباشرة أو بواسطة ممثليهم في صياغته". إن القانون يتولى وحده ودون منازع تنظيم الممارسة الفعلية للحرية في المجتمع بحيث يضمن المساواة وينظم القمع والاكراه ويعين متطلبات النظام العام. ومع ذلك فالحدود على سيادته تتمثل في عدم الدفاع عن الافعال التي تضر بالمجتمع وفي عدم إقرار العقوبات عدا التي تعتبر ضرورية، وفي عدم إمكانية عمل كل ما من شأنه أن يمس ويشكل

عرقلة إزاء ممارسة الحقوق الطبيعية، وهذا ما يعني ان تنظيم الحرية بواسطة القانون لا يستبعد الدفاع عنها ضد هيمنة وتعسف القانون[24] بحيث ترد هنا إمكانية مقاومة التعسف والطغيان.

3 – الحدود

غير أن أبعاد ترجمة الحقوق الطبيعية في بيان حقوق الانسان والمواطن التي يأتي على رأسها اعطاؤه طابعاً وضعياً لم تخل من حدود هل تنطلق من المفارقة الاساسية المتمثلة في الانتهاكات التي عرفتها الحريات خلال الانظمة السياسية التي تعاقبت بعد الثورة الفرنسية، هاته التي "إذا أعلنت حقوق الانسان فإنها لم تطبقها"[25]؟ نكتفي بالحدود على مستوى الطابع الوضعي، والتي تمثلت اولا في تجريد الحقوق المنصوص عليها بعد الثورة من الضمانات حيث إن" 1789 في تاريخ فرنسا تمثل اللحظة التي تأسس فيها العداء لمراقبة دستورية القوانين" باعتبار أن الضمانة تتمثل في "أمانة الممثلين" وحيث "إن وعي الممثلين هو محكمة دستورية القوانين"[26]. هذا على خلاف الفكرة التي تقضي بأن "الأمة ليست حرة إلا عندما تكون هناك ضوابط على ممثليها"[27]. كل هذا يحد من فعالية النص عليها في صلب الدستور ويجعلها بمثابة "إعلان عن مبادىء بدل من أن يكون تكريسا لها"[28] مما يجعل البون شاسعا بين وثائق انجليزية وامبركية "جسدت حقوقا ملموسة مضمونة ومحمية من طرف القضاء" وبين "حقوق مجردة وميتافيزيقية"[29]، كما جاء بها البيان،

(24) Rivero (Jean), Les libertés publiques, Tome 1 Les droits de l'homme, op. cit : p. 71-72

(25) Gusdorf (Georges), ' La France pays des droits de l homme...", dans La declaration de 1789, Droits, n° 8, Puf, Paris, 1988 : 26-27

(26) Rousseau (Dominique), 'La garantie de la constitution'', dans Liberté, libéraux et constitutions, Economica, Puf, Paris 1997 : p. 97 et s.

(27) انظر نفس الصفحة ونفس المرجع.

(28) De Malberg (Carré). La loi expression de la volonte génerale, Paris, rééd; Economica, 1984 : p 120.

(29) Bruke (Edmond), Reflexion sur la révolution française (1790).
كتاب أعيد نشره من طرف : Hachette, colle, Pluriel 1989

ونص عليها دستور 1791، وكما ستجد مجالها في دساتير دول أوروبية أخرى[30]. تلك الحقوق التي هناك من يري بأنها مجردة من كل خصوصية، ولكن تحقق لها الاشعاع آنذاك بفعل المكانة المتميزة للدولة الفرنسية في العالم والاشعاع والانتشار الذي كانت تعرفه اللغة الفرنسية في أوروبا[31].

إن هذه الحدود تتمثل ثانيا في مضمون الحريات والحقوق المتضمنة في إعلان حقوق الانسان والمواطن. فإقرارها منذ دستور 1791 مع إهمال بعضها كحق مقاومة التعسف وتأكيد مقدمته على المساواة[32]، إلى جانب حريات اخرى وحقوق تندرج في إطار المساواة الاجتماعية وتتطلب اعتماداً وتدخلاً من طرف الدولة، يعبر من جهة أخرى، على أن لائحة الحريات متجددة ومتطورة. إن التطور والتجديد الذي سيضاف إليه تغير دلالات حريات القرن الثامن عشر[33] وتعدد قراءاتها هو الذي ستفرضه التطورات الاقتصادية والاجتماعية الفكرية حيث حريات الطبيعة الانسانية ستتأرجح بين متطلبات الاغناء وضرورات ايجاد البدائل.

(30) Lauvaux (Philippe), Les grandes démocraties contemporaines, Presses Universitaires de France, Paris, 1990 : p. 117.

(31) Gusdorf (Georges), "la France pays dès droits de l'homme ...", dans La declaration de 1789, op. cit : p 29-27

(32) Breillat (Dominique), "la hiérarchie des droits de l'homme", dans Droit et politique à la croisée des cultures, Mélanges à Philippe Ardant, LGDJ, Paris, 1999 : p. 355.

(33) Morange (Jean), Droits de l'homme et libertés publiques, op. cit : p. 24

الفصل الثاني

التطور : تجاذب "حقوق الطبيعة الانسانية" بين ضرورات الاغناء ومتطلبات البدائل

إن تقدم الطابع الوضعي للحريات العامة الذي جسدته دساتير القرن العشرين تم بوتيرة مختلفة، في خضم التذبذبات والتراجعات، ويرتبط بالتطورات التي مهدت لظهور الحقوق المطالب، هاته التي أفسحت المجال لظهور الحريات الجماعية. إن هذه التطوات الإقتصادية والاجتماعية التي عرفتها الدول الرأسمالية، وترتب عنها احتداد التناقضات الطبقية التي لعب فيها الفكر الاشتراكي دوراً لا يستهان به، تقوم على إعادة النظر في المساواة وتطرح علاقتها مع الملكية الخاصة وتتجاوز الامر حدود البحث في كيفية التوفيق بينهما بهدف إرساء قواعد عدالة اجتماعية تفترض تدخل الدولة وتأخذ بعين الاعتبار متطلبات الانسان الواقعي[34]. إن التساؤل المطروح لا يتمحور فقط حول ما إذا كانت "المساواة مشروطة دائما بالحرية" بل أيضا فيما إذا كانت "الحرية مشروطة بالمساواة"[35]. ومن هنا فإن كانت الدساتير في مجملها تلتقي حول التحول الذي عرفه مفهوم الحريات الفردية باعتبارها حريات التصرف التي ترتبط بالانسان المجرد (I) فمنها ما يندرج في إطار التوجه المتمثل في ضرورة إغناء الحقوق الطبيعية بالاستجابة إلى متطلبات ايجاد بدائل لها (II).

(34) Burdeau (Georges), Les libertés publiques, op. cit : p. 17-20.

(35) Moaqit (Mohammed), Liberté et libertés publiques, op. cit : p. 42-45.

I – ضرورة اغناء حقوق "الطبيعية الانسانية" بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية

إن تقسيم الالماني جلّينك في مطلع القرن العشرين للدساتير كالتالي: "الدساتير المتجهة نحو إقرار قانون اساسي سلبي للفرد" والدّساتير "المتجهة نحو إقرار قانون أساسي إيجابي أو ديناميكي للفرد" (36) هو في الواقع تعبير عن التيارات التي من الممكن أن تتنازع إعلانات الحقوق. فإن كان تخويل الحرية "قانوناً أساسيا سلبياً" يعني الاعتراف للافراد بصلاحيات التصرف، حيث تمتنع الدولة عن عرقلة ممارستها فإن تخويلها "قانوناً أساسيا إيجابيا" يعني الاعتراف للافراد بأن يطلبوا من الدولة الاعتمادات الايجابية والملموسة، الضرورية لممارسة الحرية. هذا النوع من الدساتير هو الذي يجسد الاتجاه إلي إغناء حريات التصرف بالحقوق – المطالب أو الحقوق – الديون، الذي هيمن على دساتير القرن العشرين ويبتعد بالدولة عن دور الامتناع عن عرقلة ممارسة الحرية الفردية، بالتدخل لتنظيم إعمالها وتقنين ممارستها بالطريقة التي تكيفها مع وظيفتها الاجتماعية، وتُلْقي على الحاكمين التزامات كنتيجة لاقرار حقوق الفرد إزاء المجتمع. هذه الدساتير ستدعم الحريات العامة لا بالنظر إلى الحقوق – المطالب التي ستتعايش معها، ولكن ايضا بتزويد لائحة الحريات العامة بحريات جماعية. هذا على أن العلاقة بين حريات التصرف والحقوق – المطالب لا تخلو من إشكالات.

1 – تعايش حريات التصرف مع الحقوق المطالب

إنَّ هذا التعايش معبر عن متطلبات التعامل مع الانسان الواقعي بالتخفيف من حدة الفردانية الذي تجسد من خلال دساتير عدة في القرن

(36) مأخوذة من كتاب: Robert (Jacques) Duffar (Jean), Libertés publiques et droit de l'homme, op. cit : p 41

العشرين. وفي القرن التاسع عشر يمثل الدستور الفرنسي لسنة 1848 استثناء يندرج في سياق محاولة التوفيق بين الاستمرارية والتجديد(37). إن الاستمرارية تجد تعبيرها في التأكيد على الحريات المتضمنة في بيان حقوق الانسان والمواطن: الحرية الفردية، حرية التفكير، حرية المعتقد، حق الملكية، الامن الشخصي. أما التجديد فيتجلى في التأكيد على الاهداف الاجتماعية للسلطة التي تمثلت في كون الدستور يضع على عاتق الجمهورية ضمان توزيع عادل للتحملات والامتيازات، ضمان العيش للمحتاجين والعجزة ولذوي العاهات، تأكيد مجانية التعليم الابتدائي، كما أن الاعتراف بهذه الحقوق لا يتنافى وتحديد الوسائل(38).

إن هذا الاتجاه سيعرف استمراريته من خلال دساتير ما بعد الحرب العالمية الاولى كدستور جمهورية فيمار لسنة 1919 الذي ينص في الفصل 153 منه على أن المِلْكية تستتبع التزامات وأن استعمالها يجب أن يكون متطابقاً مع المصلحة العامة في حين تنص المادة 151 منه على ان حرية التجارة والصناعة تحترم في حدود الاهداف المخولة للحياة الاقتصادية. وفي فرنسا سيتأكد هذا الاتجاه بعد الحرب العالمية الثانية حين سيعمل دستور الجمهورية الرابعة الفرنسية لسنة 1946 على دعم الحريات الفردية "بالمبادئ الاقتصادية والاجتماعية الضرورية لعصرنا هذا". وفي حين ظل الدستور الالماني لسنة 1949 مقتصرا على الحريات الكلاسيكية فإن الدستور الايطالي لسنة 1947 قد عكس هذا الاتجاه الذي ذكرناه.

2 – تزويد الحريات الفردية بالحريات الجماعية

إن إقرار حريات جماعية كالحرية النقابية وحرية التجمع وتأسيس الجمعيات وحرية الاضراب وحقوق الاسرة يستجيب لمتطلبات التطورات

(37) Rivero (Jean), Les libertés publiques T1 les droits de l'homme. op. cit : p 81-85.

(38) لقد تم النص مثلا في المادة الثالثة عشر على أن تنمية العمل تتم بالتزام الدولة على حفز التعليم الابتدائي المجاني والتكوين المهني والمساواة في العلاقات بين أرباب العمل والعمال وإقامة الدولة لأوراش عمومية من شأنها تشغيل السواعد غير المشغلة او المعطلة.

الاقتصادية والاجتماعية ولحاجيات الانسان الواقعي. هذه التطورات التي أفسحت المجال لتنامي مجموعة من الوسطاء بين الفرد والدولة، والممثَّلين في الجمعيات والاحزاب والنقابات. إننا أمام تراجع الحرية – الاستقلالية التي يدعمها التعامل مع الانسان المجرد والمعزول عن التجمعات حيث حرية الانسان الواقعي، هذا الذي يتحدَّد بالنسبة لعمله ولحياته الاسرية، تنصهر في حرية جماعة معينة. هذه الحريات تعتبر من قبيل الحريات المنتزعة او الحريات التوفيقية التي جاء اقرارها كنتيجة لمواجهات او مفاوضات(39) ويندرج في افق الحفاظ على بنية النظام الرأسمالي كحق الاضراب والحرية النقابية مثلا.

ولا يخفى بأن هذه التطورات دعمت المسار في اتجاه دعم حريات وحقوق فردية كالانتخاب الذي تطور في اتجاه جعله حقا بدلاً من أن يظل وظيفة تتطلب ممارستها شروطا كالمتعلقة بالثروة والعلم، وكذا منع الاسترقاق الذي وجد مجاله في تعديل الدستور الفيدرالي للولايات المتحدة الأمريكية سنة 1865 وكذلك في الدستور الفرنسي لسنة 1848. ومع ذلك فالتطور ليس بمنأى عن التراجع، والأهمية المخولة من طرف الدول الاروبية للحقوق المطالب وكذا للحريات تظل متفاوتة(40). هذا دون أن تستبعد العلاقة بين هذه الصنفين من الحقوق والحريات إشكالات.

3 – الاشكالات المطروحة

إن الاتجاه الى دعم حريات التصرف بالحقوق المطالب لم يخل من جدل. هذا الجدل ينطلق من تحديد طبيعة العلاقة بينهما لينتهي بجدوى النص على الحقوق المطالب في صلب الدستور، مروراً بتحديد الطبيعة القانونية لكل منهما.

(39) Charvin (Robert) Sueur (Jean-Jacques), Droits de l'homme et libertés de la personne, op. cit : p 29.
انظر كذلك الصفحة 13 من هذا الكتاب.

(40) Rousseau (Dominique), "La notion de patrimoine constitutionnel européen", dans Droit et politique à la croisée des cultures, Mélanges à Philippe Ardant, LGDJ, 1999 Paris : p. 30 et s.

فمن حيث العلاقة بينهما فهي علاقات تكامل وتناقض. التكامل، يعني ان الحقوق المطالب تعد امتداداً للحريات وشرطاً لتفتحها، ذلك الحريات لا تبدأ إلا عندما يتم اشباع الحاجيات الاساسية. التناقض، يعني ان كليهما يعبر عن تطلع مختلف لدى الانسان: الاستقلالية في مواجهة الدولة والتطلع الى تدخلها. هذا التناقض الذي لا يمكن التخفيف من حدّته الا بتحقيق التوازن بين التطلعين(41). ومع ذلك، هناك من يرى بأن الاختلاف يظل قائما وهو من طبيعة قانونية. فإن كان إعمال الحقوق المطالب يتوقف على خلق مرافق عمومية فإنه يترك للدولة سلطة تقديرية واسعة يهيمن عليها تحديد الاولويات والاختيارات. وإن كانت السلطة التأسيسية تضع في الحالة الاولى قاعدة قانونية ملزمة فإنها في الحالة الثانية تضع قواعد مجردة من الطابع الالزامي الذي تتميز به القاعدة الوضعية. إنها لا تسمح للمحكومين بالتشبث بالمبادئ المعلن عنها قبل دخولها حيز التطبيق من طرف المشرع، وفي هذه الحالة فهي تؤسس فقط حقهم في أن تكون مبادرة السلطة التشريعية متطابقة مع النصوص الدستورية(42).

وبصرف النظر عن الإجتهادات والإتجاهات التي تصب حاليا في اتجاه تزويدها بقيمة الزامية فهناك من يطرح جدوى النص عليها في صلب الدستور على قدم المساواة مع الحريات الكلاسيكية تخوفاً من الانعكاسات السلبية لتوجه كهذا على هذه الحريات وعلى سلطة وسمو الدستور(43).

II – بدائل فلسفة "حقوق الطبيعة الانسانية"

يقدم لنا بيان حقوق الشعب العامل والمستغل لـ 4 يناير 1918 الذي تمخض عن الثورة الروسية لـ 17 أكتوبر 1917 وشكل بعد ذلك انطلاقة

(41) Rivero (Jean), les libertés publiques, T1 Les droits de l'homme. op. cit : p 118-119.

(42) Burdeau (Georges), Les libertés publiques, op. cit : p 20-21.

(43) انظر الصفحة 46 من هذا الكتاب.

لمجموعة من اعلانات الدول الاشتراكية بديلا صارخاً لفلسفة حقوق الانسان، هذه "الحقوق المزعومة" كما توجد "عند أولئك الذين اكتشفوها : الاميزكيون والفرنسيون"[44]، التي توقف عندها كارل ماركس متسائلا عن دلالة التميز بين الانسان وبين المواطن، بين حقوق الانسان وحقوق المواطن كما وردت في دساتير فرنسا لسنة 1791، 1793 و1795. فحقوق المواطن – حسبه – تندرج في فئة الحرية السياسية وتمارس في إطار المجموعة السياسية في حين أن حقوق الانسان تعد بمثابة حقوق عضو المجتمع البورجوازي، أي الانسان الاناني المنفصل عن الانسان وعن المجموعة حيث تكتسبي المساواة دلالتها بالنسبة للحرية، هاته التي يتمثل تطبيقها العملي في ممارسة حق الملكية الخاصة بصفة تعسفية في حين يوظف الأمن كأسمى مفهوم اجتماعي للدولة البورجوازية، والذي يختلط بمفهوم الشرطة، لحمايتها[45]. من هنا ندرك كيف أن بيان حقوق الشعب العامل والمستغل يعد انعكاساً للفكر الماركسي الذي يقوم على رفض فلسفة الحقوق الطبيعية وحقوق الانسان باعتبارها ككل جهاز قانوني انعكاساً للبنية الاقتصادية وتعبيراً عن سلطة الطبقة البورجوازية لتأسيس هيمنتها. إنها حقوق شكلية ولسيت لها أي دلالة فعلية. إن الحرية ليست كامنة في الطبيعة الانسانية ولا تمثل نقطة انطلاق المجتمعات بل نقطة الوصول. إنها ليست ملكاً يجب الحفاظ عليه بل قيمة يجب الاستيلاء عليها. هذا الاستيلاء الذي يتطلب من جهة تحقيق الأولوية المتمثلة في القضاء على الملكية الخاصة وعلى كل اشكال الاستغلال من طرف الانسان للانسان وتقويض التناقضات الطبقية ويتحقق من جهة اخرى عبر ثلاث مراحل. إن هاته المراحل تنطلق من إقامة ديكتاتورية البروليتاريا حيث – حسب مقولة لينين – لاحرية لأعداء الطبقة العاملة وتصل إلى تأسيس مجتمع اشتراكي[46] حيث يمكن للدولة الاعتراف

(44) انظر انصوص لكارل ماركس حول حقوق الانسان في مؤلف
Châtelet (F) Pisier - Kouchner (E) Vincent (J M), Les marxistes et la politique. Presses Universitaires de France, 1975. p. 48 et S.

(45) انظر نفس المرجع : ص 50-51.

(46) Lénine, L'impérialisme stade suprême du capitalisme. éditons en langues étrangères, Pékin 1970.

بحريات فعلية للمواطنين. هنا نجد الفصل العاشر من الدستور السوفياتي لسنة 1936 ينص على الحقوق والواجبات الاساسية للمواطنين في حين أن دستور 1977 يعكس إرادة التأكيد على الانتقال إلى مرحلة جديدة بتكريس الانتقال من "الدولة الاشتراكية للعمال والفلاحين" إلى "الدولة الاشتراكية للشعب بأكمله" وينص في فصله السابع على حقوق وحريات وواجبات المواطنين الاساسية. وإن كان المجتمع الشيوعي هو نهاية المطاف[47] فإنه يفسح المجال لتفتح الحرية واختفاء كل التبعيات وتصبح حقوق الانسان معاشة حيث السلوك الفردي يتطابق مع الحرية ومع المصلحة العامة.

وعلى خلاف الدساتير الغربية فإن دساتير الدول الاشتراكية خصصت فصلاً بعنوان حقوق وواجبات المواطنين. وهذه مستقاة من نموذج دستور الاتحاد السوفياتي[48] : مثلا دستور يوغوسلافيا لسنة 1952، دستور بلغاريا لسنة 1947، دستور المانيا الديموقراطية لسنة 1949. إنها تنطلق من تحديد الاسس الاقتصادية للدولة، أي للنظام الاشتراكي للاقتصاد والملكية الاشتراكية لأدوات ووسائل الانتاج لتتطرق بعد ذلك إلى الحقوق الاقتصادية والاجتماعية التي تعتبر الاساس لممارسة الحريات الأخرى. في كل الحالات فإنها لا تكتفي بإقرار الحق أو الحرية من حيث المبدأ بل تتجاوزه الى تعيين الوسائل الكفيلة بممارسته. وتعد مواد الدستور السوفياتي لسنة 1977 سواء تلك التي تخص الحق في الراحة والعمل والتعليم أم تلك التي تتعلق بحرية التعبير والصحافة والتجمع والاجتماع دليلا على ذلك. فعندما ينص الدستور على "الحق في العمل"، فإنه يضيف "إنه مضمون بالتنظيم الاشتراكي للاقتصاد الوطني، بالقضاء على إمكانية الازمات الاقتصادية والقضاء على

(47) Lénine, L'Etat et la révolution, éditions en langues étrangères, Pékon, 1976 pp. 107 et s

(48) Lavroff (Dimitri gorges) Les libertés publiques en Union Soviétique, Editions A. Pedone, Paris, 1963.
Lesage (Michel), Les régimes politiques du L'U.R.S.S. et de l'Europe de l'Est. Presses Universtaires du du France, Paris 1971.

البطالة" . وعندما ينص على "الحق في التعليم"، فإنه يضيف بأنه "يضمن بواسطة التعليم العام الالزامي، مجانية التعليم، نظام منح من الدولة ... الخ" . وعندما ينص على أن المواطنين لهم "الحق في الراحة"، فإنه يضيف " إنه يضمن بتخفيض يوم العمل إلى سبعة ساعات لأغلبية العاملين، بإقامة عطل سنوية وإنشاء شبكات واسعة من منازل الراحة والاندية ... الخ" . أما حريات التعبير والاجتماع والتجمع والتظاهر فإن ممارستها "تكفل بوضع المنظمات والبنايات والشوارع والساحات رهن اشارة العمال، وبنشر الخبر بواسطة استعمال الصحافة والتلفزة والمذياع" . وتجد الحقوق والحريات العامة حدودها في خضوعها لأهداف الدولة الاشتراكية وتقوية دعائم المجتمع الاشتراكي. إن هذا ما يفسر مثلا نص المادة 50 من دستور بولونيا لسنة 1950 على أن المبالغة في حرية المعتقد والحرية الدينية، لأهداف مخالفة لمصالح الدولة معاقب عليها من طرف القانون. وتكتسي الحقوق والحريات العامة دلالتها في أنها لا تنفصل عن الواجبات التي تصب في اتجاه احترام الحياة في المجتمع الاشتراكي وتقوية الملكية الاشتراكية والحفاظ على مصالح الدولة. كل هذا يدفع إلى اعتبار البعض على أن الحريات في المجتمعات الاشتراكية "تعرف اتجاها الزاميا، محددا وواحدا" (49).

إن هذا التنازع بين متطلبات إغناء حقوق الانسان والحريات العامة وبين ضرورات ايجاد بدائل لها لن يكون نهاية المطاف في التطور الذي ستعرفه الحريات العامة وحقوق الانسان. إن التطورات ستصب في اتجاه تدويلها.

(49) Vedel (Georges) : Les démocraties marxistes, Institut d'Etudes politiques. Les cours de droit 1952-1953, Paris, p. 291 et S.

الفصل الثالث

تدويل الحريات العامة وحقوق الانسان

الابعاد والحدود

يثير تدويل حقوق الانسان والحريات العامة إشكالات يأتي على رأسها التعارض بين مبدأين : مبدأ الانسانية ومبدأ السيادة (50). هذا الاخير، الذي يستتبع عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول يفسر كيف أن حقوق الانسان على المستوى الدولي ظلت على شكل إعلانات وأوفاق ومعاهدات دولية وتضاعفت حدودها على مستوى المضمون وعلى مستوى الوسائل الاجرائية بالتنازع بين الكونية والخصوصية. إن هذه الحدود تظل قائمة على الرغم من أن التدويل ترتب عنه تحول في المفهوم التقليدي للقانون الدولي العام وفي ممارسة العلاقات الدولية حيث حقوق الانسان لم تعد تعتبر من صميم القضايا الداخلية للدول، تهم الفرد والدولة، وحيث الفرد أصبح - بصيغة أو بأخرى - شخصاً "فاعلا" في القانون الدولي، واحترام حقوق الانسان يهم المجموعة الدولية ككل. لنبدأ إذن من التدويل الذي عرف انطلاقته الفعلية بعد الحرب العالمية الثانية في إطار هيئة الأمم المتحدة قبل أن نتوقف عند حدوده على مستوى المضمون وتعثراته على مستوى الوسائل الاجرائية. وعليه فإننا سنتناول :

(50) Turpin (Dominique). Les libertés publiques, Dunod. Paris, 1993 : p. 31.

I – انطلاقة التدويل

II –حدود التدويل على مستوى المضمون

III – تعثرات التدويل على مستوى الوسائل الاجرائية

I –انطلاقة التدويل

إن تدويل حقوق الانسان والحريات العامة هو بمثابة مسلسل ارتبط -- ويرتبط – بهيئة الأمم المتحدة التي تعتبر الاطار التنظيمي لها وعرف انطلاقته الفعلية[51] مع الاعلان العالمي لحقوق الانسان بتاريخ 10 دجنبر 1948. هذا على أن مجال التدويل الذي تتداخل فيه المحاولات الدولية والاقليمية[52] لا ينحصر في إعلانات واتفاقيات لها طابع شمولي كالعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966 والعهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لنفس السنة او الاتفاقية الاروبية لحماية حقوق الانسان والحريات الاساسية لسنة 1950 او الاتفاقية الاميركية لحقوق الانسان لسنة 1969 أو الميثاق الافريقي لحقوق الانسان والشعوب لسنة 1981. إن مجال التدويل يتناول اتفاقيات لها طابع خصوصي كاتفاقية عدم تقادم جرائم الحرب والجرائم ضد الانسانية لسنة 1968 والاتفاقية ضد التعذيب والعقوبات والمعاملات القاسية واللاإنسانية لسنة 1987 كما يتناول اتفاقيات تستهدف حماية فئات معينة كاللاجئين والمهاجرين والعمال والمرأة والاطفال او اتفاقيات تنصب على عدم التمييز.

(51) هذه الانطلاقة الفعلية لن تحجب عنا كيف أن بوادر التدويل اختلطت قبل القرن العشرين بالقانون الدولي الانساني من جهة وبمعاهدات مبرمة بين الدول تتولى حماية حقوق كحقوق الأقليات الدينية والوطنية من جهة أخرى. أما بين الحربين العالميتين فقد اختلطت هذه البوادر بعصبة الأمم المتحدة ومنظمة العمل الدولية. انظر في هذا المجال :

Bernard (Jean-Marie), Fondements de la protection internationale des droits de l'homme, in Recueil des cours, Textes et séminaires, Institut International des Droits de l Homme, Strasbourg, Juin 1990, p, 3 et S.

(52) انظر نفس المرجع : ض 13-15.

إن الانطلاقة الفعلية للتدويل تقتضي الوقوف عند مؤتمر الامم المتحدة للتنظيم الدولي المنعقد في سان فرانسيسكو سنة 1945، والذي لم يرتبط فحسب بالتطلع إلى اعتماد ميثاق لحقوق الانسان وللحريات الأساسية وإنما بتضمين تطلع كهذا في عدد من مواد ميثاق الامم المتحدة المنبثق عن هذا المؤتمر. فالديباجة تضمنت تأكيد الدول المجتمعة إيمانها "بحقوق الانسان الاساسية وبكرامة الشخص الانساني وقدره، وبتساوي الرجال والنساء والامم، كبيرها وصغيرها في الحقوق". وفي حين يخول الميثاق للجمعية العامة سلطة طلب إجراء وتقديم توصيات من أجل "المساعدة على إعمال حقوق الانسان والحريات الاساسية للناس كافة بلا تمييز بينهم بسبب العنصر او الجنس أو اللغة أو الدين" فإن للمجلس الاقتصادي والاجتماعي سلطة "تقديم توصيات بهدف إشاعة احترام حقوق الانسان والحريات الاساسية ومراعاتها" إضافة إلى أنه يجوز له "أن يعد مشروعات اتفاقيات لتعرض على الجمعية العامة، بشأن المسائل التي تدخل في دائرة اختصاصه". وطبقاً للمادة 68 التي تخول المجلس صلاحية إنشاء لجان "لتعزيز حقوق الانسان وغير ذلك من اللجان التي يحتاج اليها لتأدية وظائفه"، فقد تَمَّ خلق لجنة حقوق الانسان في فبراير 1946 التي حررت مشروع الاعلان العالمي لحقوق الانسان وعرضته على الجمعية العامة للامم المتحدة التي صوتت عليه في 10 دجنبر 1948[53]. هذا الاعلان الذي نشرته الجمعية العامة على الملأ "بوصفه المثل الاعلى المشترك الذي ينبغي أن تبلغه كافة الشعوب وكافة الأمم، كما يسعى افراد المجتمع وهيئاته، واضعين هذا الاعلان نصب أعينهم على الدوام، ومن خلال التعليم والتربية، إلى توطيد احترام هذه الحقوق والحريات، وكيما يكفلوا، بالتدابير المطردة الوطنية والدولية، الاعتراف بها ومراعاتها الفعلية..."

(53) انظر في هذا المجال : أعمال الامم المتحدة في ميدان حقوق الانسان، الأمم المتحدة، نيويورك، ص 9–12.

إن هذه الانطلاقة بالرغم من أنها محدودة في الاعلان عن مجموعة من حقوق الانسان، بعيداً عن الاعتراف بها وكذا عن تقرير إلزاميتها، فهي تعد حاسمة في المسار والأشواط التي سيقطعها التدويل. فالمحاولات الدولية والاقليمية ستتخذ من الاعلان إطاراً لها مما يعد تعبيراً عن أن قيمته المعنوية هي فعلية. هذا على أنه يعد معبراً عن الالتفاف حول حد أدنى من حقوق الانسان بصرف النظر عن الخلافات الايديولوجية بحيث اصبحت المرجعية التي تجاوزت الغرب الرأسمالي، ووجدت مجالها في الدول الخاضعة للسيطرة الاستعمارية كسلاح ضد سياسة المستعمر، وعرفت مضمونا وأبعاداً تجاوزت الحدود التي ارتبطت بها. وبالرغم من فعالية هذه الانطلاقة فإنها ستحمل في ثناياها حدوداً ستعرف انعكاساتها على مسار التدويل.

II – حدود التدويل على مستوى المضمون

إن إعلان الجمعية العامة في دجنبر 1950 على أن "التمتع بالحريات المدنية والسياسية والتمتع بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية أمران متصلان ومترابطان" وانه "حين يجرد الفرد من حقوقه الاقتصادية والاجتماعية والثقافية فإنه لا يمثل الشخص الانساني الذي يعتبره الاعلان العالمي المثل الاعلى للفرد الحر"[54] يعد بالغ الدلالة، باعتبار ان وحدة الحقوق ستكون على رأس الاشكالات المطروحة على مستوى المضمون وستفسح المجال لمجموعة من الحلول التوفيقية. إنها اشكالات لن تجد تفسيرها فقط في التعارض بين الاتجاهات الليبرالية والاشتراكية بل في مدى تزويد هذه الحقوق بالقيمة الالزامية.

بالفعل لا أحد يجادل في أهمية الاعلان العالمي لحقوق الانسان كوثيقة تتضمن الحقوق المدنية والسياسية (الحق في الحياة والحرية والأمن، عدم جواز الاسترقاق وحظر الرق، حرية الرأي والتعبير، حق المشاركة

(54) انظر نفس المرجع : ص 10

في إدارة الشؤون العامة إما بصفة مباشرة او غير مباشرة، الحق في المحاكمة العادلة... الخ) والاقتصادية والاجتماعية والثقافية (الحق في العمل، في الاجر المتساوي، في الراحة واوقات الفراغ، الحق في التعليم المجاني على الاقل في مرحلتيه الابتدائية والثانوية... الخ) إضافة إلى حقوق تتجاوز إطار الدولة حيث إن إجراء دوليا وحده يمكن أن يصوغ المبدأ (حق كل فرد في التمتع بجنسية ما، الحق لكل إنسان في ان يعترف له بالشخصية القانونية... الخ)

إن وحدة الحقوق في الاعلان قائمة مهما كان من أمر ضآلة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية بالنسبة للحقوق المدنية والسياسية. إنها قائمة، أولاً، على الرغم من هيمنة الحقوق الحقوق الطبيعية على الاعلان العالمي انطلاقا من المقدمة التي نصت على أن "الاقرار بما لجميع أعضاء الاسرة البشرية من كرامة أصيلة فيهم، ومن حقوق متساوية وثابتة، يشكل أساس الحرية والعدل والسلام في العالم..." في حين أكدت المادة الأولى على أنه "يولد جميع الناس أحراراً ومتساوين في الكرامة والحقوق". إنها قائمة، ثانيا، على الرغم من الخلافات بين الايديولوجية الليبرالية والاشتراكية التي أفسحت المجال لمجموعة من الحلول التوفيقية نلمسها انطلاقاً من الديباجة التي تضمنت إشارة الى المفهوم الماركسي للحرية كهدف يجب الاستيلاء عليه بالنص على "بزوغ عالم" يتمتع فيه البشر "بحرية القول والعقيدة والتحرر من الخوف والفاقة كأسمى ما ترنو إليه نفوسهم"؛ هذه الحلول التوفيقية التي وجدت تجلياتها على مستوى الشكل حيث التأكيد على العموميات يسير الى جانب الدقة في الجزئيات[55]،

(55) تعد المادة الثانية مثالاً على ذلك فهي تنص على أنه "لكل انسان حق التمتع بجميع الحقوق والحريات المذكورة في هذا الاعلان، دونما تمييز من أي نوع، ولا سيما التمييز بسبب العنصر، أو اللون، أو الجنس، أو اللغة، أو الدين، أو الرأي سياسيا أو غير سياسي، أو الاصل الوطني او الاجتماعي، أو الثروة أو المولد، أو أي وضع آخر وفضلاً عن ذلك، لا يجوز التمييز على أساس الوضع القانوني أو الدولي للبلد او الاقليم الذي ينتمي اليه الشخص، سواء كان مستقلا أو موضوعاً تحت الوصاية أو غير متمتع بالحكم الذاتي أو خاضعاً لأي قيد آخر على سيادته" في نفس السياق تندرج المادة 25 التي تنص على أنه : "1- لكل شخص حق في مستوى معيشة يكفي ==

وعلى مستوى المضمون حيث أسفرت اما على صياغة معينة لبعض الحقوق كحق الملكية بالنص على انه " 1 - لكل فرد الحق في التملك، بمفرده او بالاشتراك مع غيره 2 - لا يجوز تجريد أحد من ملكه تعسفاً"، وإما على السكوت على بعض الحقوق كالحق في الاضراب أو حرية التجارة او الصناعة، هذا فضلاً عن أن الاجماع حول بعض القواعد كالانتخابات الحرة والنزيهة ليست له نفس الدلالة بالنسبة للملتفين حوله.

وبصرف النظر عن الخلافات الأيديولوجية فإن وحدة حقوق الانسان التي تجد تفسيرها في أنه مجرد من كل قيمة الزامية، لن تعرف استمراريتها وبالضبط عندما يتعلق الأمر بتزويدها بهذه القيمة الالزامية. إن التعثرات التي سيعرفها وضع عهد دولي للحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية لتنتهي بإعداد عهدين منفصلين، يتناولان بكيفية مدققة مقتضيات الاعلان العالمي لحقوق الانسان الأول خاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والثاني بالحقوق المدنية والسياسية بحيث تمت المصادقة عليهما سنة 1966 بعد ان استغرق اعدادهما ما يقارب العقدين من السنين، تندرج في هذا السياق. لهذا فالخلافات الايديولوجية لن تفسر وحدها الفصل بين هذين الصنفين من الحقوق الذي لم يكن الباعث عليه إحداث قطيعة بينهما بقدر ما كان بدافع إيجاد أسهل السبل لتحقيق الالتفاف حولهما. كما ان الاشكالات لم تطرح فقط بالنسبة لأولوية الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية أو الحقوق المدنية والسياسية وإنما أيضا بخصوص الوسائل الاجرائية ومدى فعاليتها بالنسبة لكل صنف من هذه الحقوق لتمتد إلى البروتوكول الاختياري المتعلق بشكاوى الافراد. في هذا الاطار تجد تفسيرها الحلول التوفيقية

= لضمان الصحة والرفاهة له ولأسرته، وخاصة على صعيد المأكل والملبس والمسكن والعناية الطبية وصعيد الخدمات الاجتماعية الضرورية، وله الحق في ما يأمن به من الغوائل في حالات البطالة أو المرض أو العجز أو الترمل أو الشيخوخة أو غير ذلك من الظروف الخارجة عن إرادته والتي تفقده أسباب عيشه 2 -- للأمومة والطفولة حق في رعاية ومساعدة خاصتين، ولجميع الأطفال حق التمتع بذات الحماية الاجتماعية سواء ولدوا في إطار الزواج أو خارج هذا الاطار".

كصيغة لتحقيق التواصل بين العهدين والصنفين من الحقوق عن طريق التماثل في بعض أحكام العهدين من خلال الديباجة والمواد الاولى والثانية والخامسة. فالديباجتان مثلا تتضمنان الإقرار "بما لجميع أعضاء الاسرة البشرية من كرامة أصيلة فيهم، ومن حقوق ثابتة ومتساوية، يشكل، وفقا للمبادئ المعلنة في ميثاق الأمم المتحدة أساس الحرية والعدل والسلام في العالم" وأن "الحقوق منبثقة من كرامة الانسان الأصيلة فيه" (56) وتنص المادة الأولى على أن حق تقرير المصير عالمي والمادة الثالثة على مساواة الذكور والاناث في التمتع بجميع الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وبجميع الحقوق المدنية والسياسية المنصوص عليها. ولا يتعلق الأمر فقط بتأكيد المساواة بل بإلزام الدول على أن تجعل هذا المبدأ حقيقة ملموسة.

إن المحاولات الاقليمية بشأن ارساء نظام قانوني إقليمي لضمان وحماية حقوق الانسان تندرج في هذا السياق. فالاتفاقية الاوروبية لحماية حقوق الانسان والحريات الأساسية مثلا، التي تمت المصادقة عليها سنة 1950 ودخلت حيز التنفيذ سنة 1953، بقدر ما جددت في وسائل الحماية بقدر ما كرست القطيعة بين الحقوق المدنية والسياسية والحقوق الاقتصادية والاجتماعية، هذه الاخيرة التي ستجد مجالها في الميثاق الاجتماعي الاوروبي لسنة 1961، التي تعد الوسائل الاجرائية التي يتضمنها ضئيلة الفعالية. وحتى إذا ما اصطدمنا في الميثاق الافريقي

(56) هذا على أن التطابق في الديباجتين لا يخلو من اختلاف نلمسه في الفقرة الثالثة لكل منهما ففي حين نص العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على "أن السبيل الوحيد لتحقيق المثل الاعلى المتمثل في أن يكون البشر أحرارا ومتمتعين بالحرية المدنية والسياسية، ومتحررين من الخوف والفاقة، هو سبيل تهيئة الظروف لتمكين كل إنسان من التمتع بحقوقه المدنية والسياسية، وكذا بحقوقه الاقتصادية والاجتماعية والثقافية"، فإن العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية نص على أن "السبيل الوحيد لتحقيق المثل الاعلى المتمثل في أن يكون البشر أحراراً ومتحررين من الخوف والفاقة، هو سبيل تهيئة الظروف الضرورية لتمكين كل انسان من التمتع بحقوقه الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وكذلك بحقوقه المدنية والسياسية".

لحقوق الانسان والشعوب الذي تم وضعه سنة 1981 بإعادة الاعتبار للوحدة بين الحقوق المدنية والسياسية والحقوق الاقتصادية والاجتماعية فإن أهمية محاولة التوحيد هاته تتراجع عندما نعلم بأن وسائل الحماية باهتة. هكذا نجد الاتفاقية الاوروبية لحماية حقوق الانسان والحريات الاساسية تقتصر على الحريات الفردية والجماعية، المدنية والسياسية - التي تذكر بالمتضمنة في الاعلان العالمي لحقوق الانسان - بحيث تم التنصيص عليها بكيفية دقيقة حتى تكون - حسب البعض - معبرة عن "الحقوق المطبقة في دولة القانون التي تتأسس على كرامة الفرد". هذا على الرغم من ان هناك حدود من الممكن أن ترد على ممارسة هذه الحقوق والحريات تستجيب لمتطلبات المحافظة على النظام العام والامن الوطني والصحة والاخلاق. إن المادة 15 تتيح إمكانية تجاوز الاتفاقية في حالة الحرب او خطر عام يهدد حياة الأمة ما عدا فيما يتعلق بالحق في الحياة ومنع التعذيب او العبودية أو المس بعدم رجعية القوانين الجنائية. أما المادة 16 فتسمح بتحديد حرية التعبير والتجمع وتجمع الأجانب في حين تمنع المادة 17 التذرع بالحقوق المتضمنة في الاتفاقية لتقويض نظام الحريات الذي تؤسسه، وهي توافق التعبير المشهور : لا حرية لاعداء الحرية. اما الميثاق الافريقي لحقوق الانسان والشعوب فإنه يقوم على تأسيس الوحدة بين الحقوق المدنية والسياسية والحقوق الاقتصادية والاجتماعية على الرغم من ضآلة الأولى بالنسبة للثانية، ويحمل تأكيداً على حقوق تستجيب لخصوصيات الدول الافريقية إضافة إلى تأكيده على الواجبات وتعبيره عن التطلع إلى إستقلال الشعوب من السيطرة الاستعمارية أو من بقايا الاستعمار. إن الديباجة تعبر عن تمسك الدول بميثاق الامم المتحدة والاعلان العالمي لحقوق الانسان وعن "اقتناعها بأنه أصبح من الضروري كفالة اهتمام خاص للحق في التنمية وبأن الحقوق المدنية والسياسية لا يمكن فصلها عن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية سواء في مفهومها أم في عالميتها وبأن الوفاء بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية يضمن التمتع بالحقوق المدنية والسياسية" وأن "التمتع بالحقوق

والحريات يقتضي ان ينهض كل بواجباته" هذا دون إغفال التطلع إلى التحرر من السيطرة الاستعمارية ومن الاستعمار الجديد. إن التأكيد على الحريات الكلاسيكية (حرية العقيدة، حرية الفكر والتعبير، حرية الاجتماع، الحق في المشاركة في تسيير الشؤون العامة للبلاد... الخ) يسير إلى جانب التأكيد على أن "النهوض بالأخلاقيات العامة والقيم التقليدية التي يعترف بها المجتمع وحمايتها واجب على الدولة في نطاق الحفاظ على حقوق الانسان" وأن "الدولة ملزمة بمساعدة الاسرة في أداء رسالتها كحامية للأخلاقيات والقيم التقليدية التي يعترف بها المجتمع". كل هذا دون إغفال دور الدولة في القضاء على كل تمييز ضد المرأة وكفالة حقوقها وحقوق الطفل وحق المسنين والمعوقين في تدابير حمائية الذي يسير إلي جانب الإقرار بأن "لكل شعب الحق في الوجود ولكل شعب حق مطلق وثابت في تقرير مصيره وله أن يحدد وضعه السياسي وأن يكفل تنميته الاقتصادية والاجتماعية على النحو الذي يختاره بكل حرية" (57).

ومهما يكن، فإن فعالية الحقوق تقاس بمدى الوسائل الاجرائية المرصودة لحمايتها. من هنا التعثرات على مستوى الضمانات.

III - التعثرات على مستوى الوسائل الاجرائية

إنها تعثرات تجد تفسيرها في غياب سلطة فعلية إلزامية لفرض تطبيق الاتفاقيات والعهود الخاصة بحقوق الانسان. فبصرف النظر عن التقارير التي تلزم عدد من المعاهدات الدول بتقديمها لتوضيح التدابير التشريعية والادارية والقضائية التي اتخذتها من أجل تطبيق الحقوق

(57) حول الوثائق المتعلقة بالميثاق الافريقي لحقوق الانسان والشعوب انظر :
Droits de l'homme, la charte africaine des droits de l'homme et des peuples, Nations Unies, New York, 1990.

انظر كذلك : الميثاق الافريقي لحقوق الانسان والشعوب، المجلة العربية لحقوق الانسان، العدد 5، إصدارات المعهد العربي لحقوق الانسان، 1998.

المتضمنة فيها (الاتفاقية المتعلقة بالقضاء على أشكال التمييز لسنة 1965، الاتفاقية ضد التمييز في ميدان التعليم لسنة 1960 مثلا) فإن أهمها يقتصر على انشاء لجنة لدراسة بلاغات الدول[58]، والتي تقدمها بصفة دورية لإعمال الحقوق التي التزمت وهو ما يفسح المجال لإبداء ملاحظات وإصدار توصيات من طرفها. وعندما تنص بعض هذه الاتفاقيات على تقديم شكاوى فردية (لجنة حقوق الانسان، لجنة القضاء على التمييز العنصري، اللجنة ضد التعذيب) أو كذلك من طرف دولة ضد أخرى فإن هذا الاختصاص يظل اختيارياً مرتبطاً بإرادة الدول التي تقبل وتصادق على اختصاص اللجنة في هذا المجال، إضافة إلى الحدود التي تطوق نتائج اعمالها وتحول دون إلزاميتها. وغني عن التذكير أن هذه التعثرات على المستوي الاجرائي تتضاعف بالإشكالات التي يطرحها تسييس أو عدم تسييس حقوق الانسان، وهذا خصوصا بالنظر إلى الدور الذي اصبحت تلعبه لجنة حقوق الانسان التي انشأها المجلس الاقتصادي والاجتماعي في إطار هيئة الأمم المتحدة وانيطت بها بداية مهمة اعداد ما سمي "بالشرعة الدولية لحقوق الانسان"[59]، وهذا بعد اعداد القواعد الأساسية والقواعد المتخصصة في مجال حقوق الانسان حيث قرر المجلس الاقتصادي والاجتماعي منذ سنة 1966 أن ينيط بها صلاحية النظر في شكاوى الافراد[60].

وإذا عدنا إلى الوسائل الاجرائية المتمثلة في البلاغات والتقارير واللجن سنرى من خلال مثال العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية

---

(58) بخصوص البلاغات يتم التفريق بين المعاهدات التي تسمح للدول بإخطار محكمة العدل الدولية حيث لها اختصاص البث في المنازعات المتعلقة بتطبيق معاهدة أو تأويل نصوصها كالاتفاقية المتعلقة بالاسترقاق لسنة 1926 (المادة 8) وبين الاتفاقيات التي نصت على وجود هيئة خاصة للبث في المنازعات. انظر في هذا المجال :
بندورو (عمر)، مدخل إلى دراسة حقوق الانسان والحريات العامة، مطبعة دار النشر المغربية، الدارالبيضاء، 1998، ص : 45-46.

(59) انظر أعمال الامم المتحدة في ميدان حقوق الانسان، الأمم المتحدة، مرجع مذكور

(60) Bernard (Jean-Marie), Fondements de la protection internationale des droits de l'homme, Recuiel des cours, Textes et séminaires, op. cit : p. 16-17.

بأنها نسبيا متقدمة - بالرغم من أنها مجردة من الطابع الإلزامي - لأنها تفسح المجال للشكاوى الفردية. وتفيد محاولة إقليمية كالاتفاقية الازوبية لحماية حقوق الانسان والحريات الاساسية بأنها قطعت أشواطاً لا يستهان بها في مجال حماية الحريات المتضمنة فيها.

إن العهد الدولي ينص في إطار الوسائل الإجرائية، على مسطرتين: الأولي متضمنة في القسم الرابع منه. فالحماية من اختصاص اللجنة المعنية بحقوق الانسان التي نصت على إنشائها المادة 28 منه. تتألف من ثمانية عشر عضواً ينتخبون لمدة أربع سنوات قابلة للتجديد، من طرف الدول الاطراف في العهد، وينتمون اليها. ويشترط فيهم أن يتمتعوا بصفات خلقية متميزة وبكفاءة في ميدان حقوق الانسان. هذا على انهم يشغلون مناصبهم باعتبارهم أفراداً لا بصفتهم ممثلين للدول التي ينتمون إليها. وتتعهد الدول بتقديم تقارير دورية الى لجنة حقوق الانسان عن التدابير التي اتخذتها في شأن إعمال الحقوق المعترف بها كل خمس سنوات[61] ابتداء من تقديم أول تقرير لها سنة بعد دخول العهد حيز التنفيذ[62]. وقد قررت اللجنة منذ سنة 1981 بأن التقارير يجب أن تكون منسجمة مع المقاييس التي سطرتها والمتمثلة في : الوسائل الدستورية والقانونية المتبعة من أجل الضمان الفعلي للحقوق المنصوص عليها في العهد؛ مدى اعتماد المساطر المتبعة من طرف المحاكم على نصوص العهد؛ السلطات المختصة في ميدان حقوق الانسان والامكانات المتاحة للافراد في حالة خرق حرياتهم؛ تفادي العموميات بتركيز التقرير على النصوص المطبقة داخليا في ميدان الانسان، على القيود القانونية المفروضة على ممارستها وعلى الصعوبات التي تواجهها الدولة في حمايتها لهذه الحقوق[63]. ويبقى

---

(61) ومع ذلك فإن المادة 40 في فقرتها الأولى تنص على أن الدول الأطراف في العقد تلتزم بتقديم تقارير سنة بعد دخول العهد حيز التنفيذ في دولها وتقوم بذلك كلما طلبت اللجنة ذلك.

(62) للمزيد من المعلومات انظر :
Sudre (Frédéric), Droit international et européen des droits de l'homme. Presses Universitaires de France. Paris 1995.

(63) بندورو (عمر)، مدخل إلى دراسة حقوق الانسان والحريات العامة، مرجع مذكور ص 44-45

أن إلقاء نظرة على تقارير الدول تعد معبرة عن مدى عدم استجابة الدول بسهولة إلى المقتضيات المتضمنة في العهد[64] . وفي مجال بلاغات الدول، فلكل دولة أن تعلن في أي حين بأنها تعترف باختصاص اللجنة في استلام ودراسة بلاغات تنطوي على ادعاء دولة طرفا في العهد بأن دولة اخرى طرفاً فيه لا تفي بالالتزامات التي يسطرها العهد . هذا على أن تكون الدولة، قبل اخطار اللجنة قد قامت بإبلاغ الدول المعنية ببلاغ كتابي بعدم احترامها لمقتضيات العهد. هذه الأخيرة التي يتعين عليها إعداد جواب كتابي موضحة الاجراءات وطرق التظلم المتاحة أو الممكن اللجوء اليها . ومهما كانت الابعاد التي يمكن ان تتخذها المسطرة امام اللجنة، والتي قد تستمر ثلاثون شهراً، فإن نتائج عملها تتوقف على تقارير بمجرد عن اتخاذ التدابير الالزامية .[65]

أما المسطرة الثانية فتتعلق بشكاوى الافراد، وهي متضمنة في البروتوكول الاختياري الملحق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية . فالدولة التي صادقت عليه تعترف باختصاص لجنة حقوق الانسان باستلام الرسائل المبعوثة من طرف الأفراد الذين يدعون أنهم ضحايا انتهاك لأي من الحقوق المقررة في العهد والنظر فيها . ولا يجوز النظر في أية رسالة - يشترط فيها الا تكون مجهولة الاسم - الا بعد التأكد من :

- عدم كون المسألة ذاتها محل دراسة من قبل هيئة من هيئات التحقيق الدولي؛

- كون الفرد قد استنفذ جميع طرق التظلم المحلية المتاحة، ولا تنطبق هذه القاعدة الا في الحالات التي تستغرق فيها إجراءات التظلم مدة تتجاوز الحدود المعقولة؛

---

(64) الفاسي الفهري (يوسف)، القانون الدولي لحقوق الانسان من خلال دساتير دول المغرب العربي، أطروحة الدولة في القانون العام، الرباط، 1990-1991 : ص 168 وما يليها.

(65) بندورو (عمر)، مدخل إلى دراسة حقوق الانسان والحريات العامة، مرجع مذكور : ص49-52.

- يتم النظر في الرسائل في جلسة مغلقة تقوم اللجنة على إثرها بإرسال الرأي الذي انتهت إليه إلى الدولة المعنية وإلى الفرد.

وبالرغم من أن اللجنة تقتصر على إبداء آرائها في القضايا المعروضة أمامها دون إصدار قرارات ملزمة بخصوص هذه الشكاوى الفردية، فإن جردا لهذه القضايا يفيد بأن آراء اللجنة بخصوص خرق مقتضيات العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية في مجالات كالمتعلقة بعدم التمييز قد حفزت بعض الدول على تغيير تشريعها الوطني إما "قبل اعتماد اللجنة لآرائها في القضايا المعروضة أمامها، وإما بعد إدانتها للانتهاكات المترتبة عن تطبيق الدولة لقوانين تمييزية"[66] . كما لا تفوتنا الاشارة بأنه على الرغم من محدودية الوسائل الاجرائية هاته فإن دور اللجنة في مجال الشكاوى الفردية، وفي مجال كالمتعلق بعدم التمييز، تمخض عن اجتهاد ديناميكي ميَّزَ النظام الأممي بصفة حاسمة عن النظام الاوروبي في مجال حماية حقوق الانسان[67] . فتأويلاتها المتعلقة بمجالات تطبيقية جعلت منه حقاً مستقلاً لتعطى لهذا التطبيق أبعاداً لا تتحدد فقط في الحقوق المنصوص عليها في العهد الدولي للحقوق المدنية السياسية وإنما تتجاوزها إلى الحقوق المتضمنة في العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية : حق الضمان الاجتماعي، تعويضات السكن، حق المنحة الدراسية او المساعدة لشراء الكتب السنوية المدرسية ... الخ[68] .
بهذا تكون طبيعة الالتزامات الملقاة على عاتق الدولة ليست بالتزامات سلبية وإنما أيضا ايجابية[69] .

---

(66) الفاسي الفهري (يوسف)، القانون الدولي لحقوق الانسان من خلال دساتير دول المغرب العربي، مرجع مذكور : ص 169.

(67) Sudre (Frédéric). "La portée novatrice de la Jurisprudence des droits de l'homme des Nations Unies", dans un demi Sciècle des Nations Unies. Actes du colloque International organisé à la faculte du droit de Marrakech le 26 -27 28 octobre 1995, Publications de la Faculté des sciences juridiques. Economiques et sociales, Marrakech. 1997 pp - 207 -229.

(68) انظر نفس المرجع؛ ص 217-219.

(69) انظر الصفحة 37-38 من هذا الكتاب.

ومع كل ما تقدم فإن إعطاء وسائل حماية حقوق الانسان طابعاًقضائياً ملزماً يستوقفنا عند مثال الاتفاقية الاروبية لحماية حقوق الانسان والحريات الاساسية.

تقدم لنا الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان والحريات الاساسية استثناء بارزاً في مجال حماية الحريات التي تتضمنها. إن آليات المراقبة لا تنحصر في بلاغات الدول أو حتى في شكايات الأفراد مادامت نهاية المطاف في هذا في هاته الحالة هي النظر فيها من طرف جهاز تتحدد اختصاصاته في إصدار توصيات او إبداء وجهة نظر حول القضية المعروضة. إن أجهزة المراقبة التي نصت عليها الاتفاقية منذ سنة 1950 تتمثل في اللجنة الاروبية لحقوق الانسان وفي لجنة الوزراء وفي المحكمة الاروبية لحقوق الانسان. هاته الأخيرة تصدر قرارات ملزمة ونافذة. بالفعل إن لكل دولة مصادقة على الاتفاقية أن تتهم أخرى طرفا فيها بانتهاك مقتضيات هذه الأخيرة امام اللجنة الاروبية، مع أن هذه مسطرة نادراً ما يعمل بها وفقاً لمبدأ عدم التدخل في القضايا الداخلية للدول. ولكن اختصاص اللجنة أو المحكمة للنظر في شكايات "الأفراد او المنظمات الحكومية او مجموعة من الخواص" مقيد من جهة بمصادقة الدول على اختصاصهما في هذا المجال ومن جهة أخرى فإن اللجوء إلى المحكمة لا يتم بصفة مباشرة بل يخضع لمسلسل ينطلق من اللجنة مرورا بمجلس الوزراء لينتهي بإمكانية عقد المحكمة إما من طرف اللجنة أو من طرف دولة معنية. ومع ذلك فإن تفعيل هذه الآليات، الذي أفسح المجال لرصيد حافل بالاجتهادات، يعد معبراً عن المضمون الديناميكي للحريات المنصوص عليها في الاتفاقية[70].

إن رفع القيود المشار إليها يندرج في إطار التطور الذي عرفته الاتفاقية الاوروبية منذ دخول البروتوكول الحادي عشر حيز التنفيذ ابتداء من 1 نوفمبر 1998، هذا الذي يعد طفرة نوعية معبرة عن الاشواط التي

---

(70) La cour européenne des droits de l'homme. Historique. organisation et procédure, conseil de l'Europe, Document.

قطعها نظام الحماية[71]. إنه نص على انشاء المحكمة الاروبية الدائمة لحقوق الانسان التي حلت محل المحكمة واللجنة الجاري بهما العمل[72]، في حين أن مجلس الوزراء الذي احتفظ بدور مهم في تنفيذ قرارات المحكمة لم يعد له الاختصاص في ابداء رأيه في القضايا المعروضة على أنظار المحكمة. بمقتضاه يمكن للافراد وللدول ان يتقدموا بشكاياتهم مباشرة إلى المحكمة التي ينسحب اختصاصها بصفة حتمية على كل الدول المتعاقدة. إن هذا البروتوكول، الذي عرض على توقيع الدول المنخرطة في الاتفاقية ابتداء من ماي 1994 وحظى بتوقيع أربعين دولة، يعد نتيجة ملموسة لقرارات دول حكومات المجلس الاوروبي في اجتماع القمة الأول، المنعقد في فيينا في أكتوبر 1993. إن قراءة في وثائق المجلس الاوروبي تفيد بأن الأهداف المتوخاة من مراجعة الاتفاقية تكمن في تقوية الطابع القضائي للحماية وتمكين الافراد من استعمال آلياتها وتحقيق السرعة والفعالية[73]. أما مبررات هذه المراجعة فتستوقفنا عند تزايد عدد الشكايات وتعدد أجهزة المراقبة الأمر الذي أدى الى تعقيد مهامها وتعثر الآجال المسطرية. وقد تعقد المشكل اكثر بفعل الامتداد الجغرافي للمجلس الأوروبي حيث إن الاتفاقية إذا كانت تستجيب أساسا الى متطلبات عشرة أو اثنى عشر دولة، فقد تدعم هذا العدد بانخراط دول جديدة منذ سنة 1990 بحيث وصل الى اربعين دولة. وإذا سجلت اللجنة الاروبية لحقوق الانسان 404 قضية خلال سنة 1981 فإن هذا العدد قد ارتفع إلى 2037 سنة 1993 و 4750 سنة 1997.[74] كما أن عدد القضايا المعروضة

---

(71) Gomien (Donna), Vade-mecum de la convention européene des droits de l'homme, direction des droits de l homme, conseil de l Europe, strasbourg, 1999.

(72) هذا على إن البروتوكول الحادي عشر ينص على أن اللجنة تستمر في النظر في القضايا التي أعلنت بقبولها قبل دخوله حيز التنفيذ وذلك إلى غاية 31 اكتوبر 1999.

(73) Une cour unique des droits de l homme a Strasbourg : novembre 1998, Conseil de l Europe, strasbourg, 22 Juin 1998, document : p. 2.

(74) La Cour européenne des droits de l'homme Historique organisation et procédure. op cit : p 2-3.

على انظار المحكمة يعكس هذه الوضعية. فمن سبعة قضايا سنة 1981 انتقل العدد إلى 52 سنة 1993 ليصبح 119 سنة 1997 (75).

وتتألف المحكمة من عدد من الدول يساوي عدد الدول الأطراف في الاتفاقية، يتم انتخابهم لمدة ست سنوات من طرف الجمعية البرلمانية للمجلس الأوروبي على أساس تجديد نصفهم كل ثلاث سنوات، ولا يشترط في القاضي ان تكون له جنسية دولة طرف، كما لا يمكن ان تضم المحكمة اكثر من عضو ينتمي الى نفس الجنسية. ولا يعتبر القضاة كممثلين لبلدانهم. ويشترط فيهم ان يتمتعوا بتقدير معنوي عال وأن يستوفوا الشروط التي تؤهلهم لشغل المناصب القضائية العليا او لان يكونوا رجال قانون يتمتعون بكفاءة متميزة، ولا يمكنهم أن يزاولوا اثناء ولايتهم مهام متناقضة مع متطلبات الحياد والاستقلال.

وتنص المادة 27 من الاتفاقية على ثلاثة أجهزة داخل المحكمة : اللجن، تتألف كل منها من ثلاثة قضاة، الغرف ويتألف كل منها من سبعة قضاة والغرفة الكبرى وتتألف من سبعة عشر عضواً. وينص القانون الداخلي على ان المحكمة تتوزع على أربعة فروع يوجد على رأس كل منها رئيس، تضم كل منها لجنة من ثلاثة اعضاء وغرفة من سبعة أعضاءكما سبق ذكره(76). وتسجل كل قضية في فرع من الفروع ويعين لها قاضي مقرر يقوم بدراسة اولية للشكاية ويقرر فيما إذا كانت دراستها ستتم من طرف اللجنة او من طرف الغرفة. وتتخذ اللجنة - التي تقوم بوظيفة التصفية التي كانت تقوم بها اللجنة الاوروبية لحقوق الانسان - قرارها بعدم القبول بالاجماع. أما الغرف فتتولى - إضافة الى القضايا المذكورة - دراسة شكايات الافراد والدول التي لم تقض اللجنة بعدم قبولها. وتصدر قرارها - سواء بالقبول أو عدمه من حيث الشكل أم من حيث المضمون - بالأغلبية. ويمكن للغرف أن تتخلى عن صلاحياتها لصالح

(75) انظر نفس المصدر : ص 2.

(76) La cour européenne des droits de l'homme Historique organisation et procédure, op. cit : p .4

الغرفة العليا عندما يتعلق الامر بمسألة خطيرة قد تخص تأويل الاتفاقية أو قد تؤدي إلى حكم متعارض مع حكم سابق؛ على اثر القرار بالقبول يمكن للغرفة ان تطلب حججاً إضافية أو ملاحظات مكتوبة ويمكن لرئيس الغرفة ان يستعين بأي دولة متعاقدة لا تعد طرفاً في المسطرة وأن يستمع اليها. وتتخلل هذه المسطرة التي تنصب على المضمون مفاوضات من اجل تسوية حبية وتتخذ الغرف القرارات بالأغلبية. وخلال الثلاثة أشهر الموالية للنطق بالحكم يمكن عرض القضية على انظار الغرفة الكبرى التي تتخذ بدورها قراراتها بالاغلبية. وتصبح تلك القرارات نهائية إما بعد انصرام ثلاثة أشهر او قبل ذلك بعد النظر فيها من طرف الغرفة الكبرى.

ولا يفوتنا ان نشير إلى أن المقاييس(77) التي يجب مراعاتها لعرض قضية ما على أنظار المحكمة الأوروبية هي :

- أن تكون الشكاية ضد دولة صادقت على مقتضيات الاتفاقية ولا يشترط في المشتكين ان يحملوا جنسية الدولة وانما يكونوا مشمولين باختصاصها في المجال القضائي.
- يجب أن تنصب الشكاية على الحريات والحقوق المنصوص عليها في الاتفاقية، وكما تم تأويلها من طرف الاجتهاد القضائي.
- إذا كانت الشكاية تتعلق بحق متضمن في بروتوكول اختياري فيجب ان تكون الدولة قد صادقت عليه.
- يجب أن يكون المشتكى قد استنفذ جميع طرق التظلم المحلية، اي أن تكون قد نظرت في قضيته أعلى هيئة قضائية في الدولة.
- أن يتم رفع القضية خلال الستة أشهر الموالية لاتخاذ القرار النهائي الداخلي حول القضية.

* * *

(77) L'introduction d'une requête auprès de la cour européenne des droits de l'homme, Direction des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, Strasbourg, Septembre 1998.

وعلى الرغم من الاشواط التي قطعتها حماية حقوق الانسان في الاتفاقية الاروبية لحماية حقوق الانسان والحريات الاساسية وتقدمها في العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، فإن هذا لا يخفي واقعا يتمثل في هيمنة المفهوم الكلاسيكي لحقوق الانسان المتمثل في الحقوق الفردية المدنية والسياسية وتخلف الحقوق الاقتصادية والاجتماعية؛ هاته الهيمنة تجد تفسيرها في أن الوسائل الاجرائية الخاصة بهذه الاخيرة ظلت باهتة، الأمر الذي يتناقض مع إعلان الجمعية العامة لسنة 1950، الذي سبق أن ذكرناه، حيث إنه "حين يجرد الفرد من حقوقه الاقتصادية والاجتماعية والثقافية فإنه لا يمثل الشخص الانساني الذي يعتبره الاعلان العالمي المثل الاعلى للفرد الحر"(78). ويرتبط بهذه الهيمنة وجود الدول الكبرى في "موقف دفاعي"(79) وانتصابها لتسخير الأداة المتمثلة في هيئة الأمم المتحدة للمحافظة على هذا الوضع القائم. فاختراقه سيضع الأمم المتحدة أمام التحديات التي يبرز من بينها إعادة توزيع الثروات على الصعيد العالمي استجابة لمتطلبات نظام اقتصادي عالمي جديد، وذلك حتى يكون لانتماء هذا الحشد الكبير من الدول "للمنظمات الدولية التي تكونه مغزى"(80). بهذا تحتل ضرورة إعادة المصداقية للعمل الامي في مجال حقوق الانسان مكانة لا يستهان بها. إن إعادة الاعتبار لحقوق كالحقوق الاقتصادية والاجتماعية، ولحق كحق التنمية سبق تبنيه سنة 1986، والبحث في أساليب تحقيقه كحق من حقوق الانسان إن على المستوى الوطني أم المستوي الدولي(81) يندرج في هذا السياق. إنه يثير تطلعات لجنة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية منذ سنة 1990 إلى اعداد بروتوكول اختياري

(78) أعمال الامم المتحدة في ميدان حقوق الانسان، الامم المتحدة مرجع مذكور، ص 10.

(79) El Mandjra (Mehdi), "L'ONU face aux nouveaux défis", dans un demi siecle des Nations Unies, op cit : p. 19 et s.

(80) نظر نفس المرجع ونفس الصفحات.

(81) La réalisation du droit au developpement. Consultation mondiale sur la Jourissance effective du droit au développement en tant que droit de l'homme, Nations Unies, New York, 1991

بشأن مسطرة للشكاوى(82)، الأمر الذي سيحفز على تأسيس اجتهاد قضائي في هذا المجال. إن إعلان وبرنامج العمل للمؤتمر الدولي لحقوق الانسان المنعقد بفيينا سنة 1993 تضمن وضع حد للتمييز بين أجيال حقوق الانسان - الذي تم تبنيه من طرف الدول بهاجس تزويدها بقيمة قانونية متفاوتة - في الوقت الذي أعطى نفساً جديدا للمبادرة المتعلقة بمسطرة الشكاوي. اما اعلان كوبنهاكن لمارس 1995 حول حق التنمية فإنه يضع التنمية الاجتماعية في قلب حاجيات وتطلعات الافراد معتبراً بأنه يمثل بالنسبة للحاكمين مسؤولية ملحة. هذا على أن الدول التزمت، وتحت مراقبة لجنة المتابعة للامم المتحدة، بتقديم تقارير دورية حول تحقيق التزاماتها لكي تجعل من الاجتماعي ومن محو الفقر هدفا اوليا بل وأولوية مطلقة.

وحتى ما إذا تقيدنا بالمفهوم الكلاسيكي المتمثل في الحقوق الفردية، المدنية والسياسية، فإن المسار الذي عرفه التدويل يفيد بأن الدول التي حفزت على حقوق الانسان لم تكن هي السباقة إلي المصادقة عليها. إن دولة كالولايات المتحدة الاميركية لم تصادق الى حد الآن لا على العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية فحسب، بل حتى على البروتوكول الاختياري الملحق بالعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية. وحتى إذا ما أردنا القاء نظرة علي واقع الحريات العامة في هذه الدولة فإن الامر يقتضي عدم الإقتصار في تقييمه على الدور الايجابي الذي تلعبه المحكمة العليا. إنه يقتضي الانطلاق من الاوجه المتعددة المتناقضة للولايات المتحدة الاميريكية(83). إن تقرير منظمة العفو الدولية لسنة 1966 بخصوص خروقات حقوق الانسان في الولايات المتحدة الاميريكية المعروض على أنظار هيئة الأمم المتحدة يفيد بأن ولاية مثل التكساس تعد من اكثر الدول المصنعة ديكتاتورية، ومن الامثلة على ذلك شروط

(82) 1991 Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Nation Unies, 1996, p. 34

(83) Charvin (Robert) Sueur (Jean-Jacques), Droits de l'homme et libertés de la personne. op cit : p. 47-50

الاعتقال، وضع القضاء المراقب من طرف الحزب الجمهوري، حجم الادانة بالاعدام... الخ[84]. هذا على ان القيم المهيمنة في الولايات المتحدة الاميركية تجتاحها بقوة التيارات المتطرفة كالمسيحيين المتطرفين والطوائف التي تخترق حدودها، حيث إن تعددها وترسخها يجعل من "العصر الجديد" في هذه الدولة "مختبراً ايديولوجيا لإعداد شكل جديد من الفاشية"[85]. وإن انتقلنا إلى أروبا الغربية فإننا نجد بأن دولة كفرنسا لم تصادق على الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان والحريات الاساسية إلاّ سنة 1974 اي بعد مرور أربعة وعشرين سنة على توقيعها الذي تم سنة 1950، وإحدى وعشرين سنة بعد دخولها حيز التنفيذ. هذا على انها تأتي على رأس الدول في مجال الشكاوى الفردية وذلك في الفترة المتراوحة بين 1982 – 1993.

هل يعني هذا ان كونية حقوق الانسان لا تعدو ان تكون سياسة دون ان تكون واقعاً، كما جزم البعض بذلك[86]. إن اعتبار كونية حقوق الانسان سياسة هو الذي يفسر التناقض بين الكونية التي تكرسها الاعلانات والعهود "وحق التدخل المطالب به من طرف الدول الكبرى وبين تذرعها بالمحافظة على سيادتها"[87]. ان هذا الاعتبار لا يخلو من توجه يتمثل في حل مشكل التنازع بين الكونية والخصوصية باستيعاب الخصوصيات الثقافية والحضارية وانصهارها في إطار الكونية كمفهوم يتم اختزاله في القيم الثقافية والحضارية الغربية[88]، وإخضاع الخصوصية

(84) يضاف إلى هذه الولاية ولايات أخرى مثل فرجينيا، هاواي، فلوريدا، كالفورنيا، لويزيان الخ.

(85) Lacroix (M), La spiritualité totalitaire. Le New Age et les sectes, éditions plon. 1995 : p 198.

(86) Charvin (Robert) Sueur (Jean-Jacques), Droits de l'homme et libertés de la personne, op. cit, p .45 .

(87) انظر نفس المرجع ونفس الصفحة.

(88) حول مفهوم الكونية في الغرب انظر :

Arnaud (André-Jean), Entre modernité et mondialisation. Cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'Etat, L.G.D.J. 1998.

لمتطلباتها. ألم ينظر البعض الى خصوصية حقوق كالمتضمنة في الميثاق الافريقي لحقوق الانسان والشعوب منتقداً إياها انتقاداً لاذعا باعتبارها تعبر عن تصور سلبي للانسان تكتسحه "الحقوق الجماعية"[89]، وعن وضع معاكس لحقوق الانسان الأمر الذي يتطلبها تقويمها في الاتجاه الصحيح[90].

كيفما كان الأمر، فكل هذا يعني أن حقوق الانسان واقعا لا يخلو من تعثرات. هذه التعثرات هي التي لا ينبغي أن تصب في اتجاه الاستهانة بهذه الحقوق بل ينبغي أن تكون حافزا على تقويمها وتثمين أبعادها سواء على المستوى الدولي أم على المستوى الوطني.

(89) Madiot (Yves), Droits de l'homme, op. cit : p. 89.

(90) انظر نفس المرجع : ص 97.

القسم الثاني

إقرار الحريات العامة

-- إذا كان من المفروض ألا تتراجع الحريات أمام سلطة الدولة فإن دعمها يتأتى بإعطائها طابعاً وضعيا، وهو ما يصب في اتجاه سمو نظام الحق وتأكيد مبدأ الشرعية. إنه يجسد الانتقال من الحريات المعلن عنها او المطالب إلى الحريات المعترف بها في قوانين الدولة، هذا الانتقال الذي تتداخل فيه سلطات تختلف أهميتها حسب اختلاف الانظمة السياسية. وبصرف النظر عما إذا كانت هذه الحريات ممنوحة أو منتزعة ومتنازل عنها فإن هذه السلطات قد تحيل إلى السلطة التأسيسية التي تتجسد في الدستور، او السلطة التشريعية وتتجسد في القانون التشريعي او التنظيمي، او السلطة التنفيذية او الادارية التي تتولى ممارسة السلطة التنظيمية او الشرطة الادارية.

بناء على ما تقدم سنتناول في هذا القسم الفصول الآتية :

الفصل الأول : مسلسل الانتقال من الحريات المعلن عنها إلى الحريات المعترف بها

الفصل الثاني : دسترة الحريات العامة

الفصل الثالث : الصلاحية التشريعية

الفصل الرابع : الصلاحية التنفيذية والادارية

الحريات العامة.

الفصل الأول

مسلسل الانتقال من الحريات المعلن عنها إلى الحريات المعترف بها

إنه مسلسل يتعين الالمام به بالنظر إلى دلالة الانتقال (I) وكذا بالنسبة إلى إمكانية تأرجح هذا الانتقال بين التقدم والتعثر (II).

I – دلالة الانتقال

إنه الانتقال الذي يتجسد بفعله إقرار حريات في قوانين الدولة سواء أكانت هذه الحريات معلنا عنها، مطالباً بها وطنياً أم معلناً عنها دوليا وهذا في حالة – وبعد – المصادقة عليها من طرف الدولة، ويعني بأن الاقرار يسير في اتجاه دعم الحريات وبالتالي دولة القانون. إنه بعبارة أخرى الكيفية التي يتم بها انتقال حرية أو حريات ما إلى حريات عامة. إن هذا الاقرار يتجاوز كونه تعبيراً عن تقدير للحرية أو التفاف حولها أو تعلق بها. إنه، كما سبقت الاشارة إليه[1]، "لا يتغير فقط حسب الازمنة والأمكنة بل يرتبط منطقيا وثقافيا مع نسق من القيم من بين الانساق الممكنة في ظل النظام السياسي المعين"؛ هنا نبتعد عن التساؤل فيما إذا كان "نسق أفكارك ومعتقداتك يقدر ويجل الحرية"[2]. إن التساؤل هو

(1) انظر الصفحة 12-13 من هذا الكتاب.

(2) Freeden. (Michael), "Entre socialisme et liberalisme", dans la liberté, op. cit. p 45-46.

الآتي: "ماهي القيم التي تربطها أنت بصفة وثيقة بالحرية، وماهي المسائل التي يسمح لك إقرار الحرية بضمانها"[3]؟

ومهما كان من شأن الاقرار الذي من الممكن ان نتساءل فيما إذا كان يجسد حريات منتزعة، ممنوحة أم متنازل عنها، فإنه يتخذ أبعاداً تختلف حسب طبيعة الانظمة السياسية وطبيعة القاعدة القانونية التي تتولاه، وتتداخل فيه عوامل ايديولوجية وسياسية وثقافية. إنه – أي الاقرار – يعكس مدى قدرة الانظمة السياسية على حل إشكالية التصادم بين السلطة والحرية في الاتجاه الذي يحقق التقاطع بين مصلحة الحاكمين والمحكومين.

ومع ذلك، فالاقرار لا يعتبر نهاية المطاف بالنسبة لكل حرية معلن عنها ام مطالب بها. إنه بمثابة مسلسل. هذا المسلسل إن كان متغيراً متجدداً ومتطوراً، فإنه لا يخلو من تعثرات.

II – الإنتقال بين التقدم والتعثر

ومع ذلك، فالتعثر يتجسد في أنَّ المسلسل الذي يعرف تتويجه بإقرار الحريات في قوانين الدولة ليس حتميا، هذا إضافة إلي أن القوانين الخاصة بالحريات العامة تعرف مداً وجزراً. فكم من الحريات المطالب بها ظلت من قبيل التمنيات. إن فترات الاحتلال الاستعماري تدل على مقاومة إعطاء الحريات المطالب بها طابعاً وضعيا لترتبط المطالبة بالاستقلال بالحرية. وفي المغرب تمحورت المطالبة بالاصلاح في إطار الحماية حول برنامج المطالب الذي تمخض عن كتلة العمل الوطني سنة 1934، وتم تقديمه إلى الملك والإقامة العامة بحيث خُصِّصَ الجزء الثاني منه إلى "الحريات الشخصية والعامة"[4]. أما قبل استقرار الحماية فقد ارتبط

(3) انظر نفس المرجع ونفس الصفحة.

(4) بالرغم من هذا التحديد، فالحريات وحقوق الانسان تتخلل عدداً من مواده انطلاقاً من المقدمة التي يهيمن عليها هاجس وضع حد لسياسة الميز العنصري بين المغاربة والفرنسيين وإصلاح ==

التطلع إلى إقامة ملكية دستورية بالتطلع إلى إقرار قانون أساسي للحريات العامة في صلب الدستور. إن مشروع دستور 1908 الذي يعد وليد حركة الاصلاح بالشرق والاحتكاك بالغرب، بالرغم من الانتقادات التي من الممكن إبداؤها بشأنه سواء من حيث الشكل أم من حيث المضمون، تضمن لائحة للحريات والحقوق تأتي مباشرة بعد الجزء الأول الذي تناول "الدولة والدين والسلطة" وذلك تحت عنوان "أبناء الدولة الشريفة حقوقهم وواجباتهم"[5]. أما حركة المد والجزر التي تعرفها الحريات العامة، فبقدر ما تحلينا بعد الاستقلال إلى "قانون الحريات العامة" المتعلق بظهير 1957 حول المجلس الأعلى والحريات النقابية، وظهائر 1958 المتعلقة بحرية التجمع وحرية الاجتماع وحرية الصحافة، بقدر ما تستوقفنا عند تعديلات كالتي عرفها قانون الصحافة في سنوات 1959-1960 التي "ضيقت من نطاق هذه الحرية ووضعت في يد

== القضاء مع الفصل بينه وبين السلطة التنفيذية والإدارة. وينطلق الجزء الثاني من المطالبة "بكفالة التعبير عن الآراء والأفكار والآراء بكل الوسائل القانونية دون خضوع لمراقبة سابقة"، ويتناول مقتضيات كعدم متابعة الافراد وعدم إيقافهم او سجنهم او نفيهم إلا في الحالات المنصوص عليها من طرف القانون، تناسب العقوبة مع الجريمة، حرمة المنازل، سرية المراسلات، حرية الاجتماع وتأسيس الجمعيات، حرية التنقل داخل أرجاء البلاد ومغادرتها، توحيد التشريع بالنسبة للصحافة، ناهيك عن تقرير الصرامة في تنفيذ التشريع القاضي بمنع الرق أو الاتجار فيه وترتبط قضايا اخرى كالمتعلقة بشروط المحاكمة العادلة واصلاح السجون بإنشاء مستوصفات داخلها "ومنع السجن في المطامير والاروية وغيرها من الامكان القذرة" وتعليم الاميين من المساجين مبادئ القراءة والكتابة، إضافة الى مقتضيات متعلقة بالسجن السياسي... الخ. وتثير حقوقا كحق التعليم ومحاربة الأمية الاصلاحات الاجتماعية، كما تثير المساواة وإرساء دعائم الشرعية الاصلاحات السياسية في جانبها المتعلق بالتنظيم الاداري وذلك بالعدول عن التمييز بين العنصر المغربي والفرنسي في التشريع والادارة، وفي التسوية بين الموظفين المغاربة والفرنسيين متى كانوا من درجة واحدة وإحداث أنظمة إدارية للموظفين المغاربة في التسمية والترقية والرخص والتأديب والتقاعد مماثلة للانظمة المطبقة على الموظفين الفرنسيين.

(5) كمثال على ذلك المادة 3 حيث يحق لكل مغربي "أن يتمتع بحريته الشخصية بشرط ان لا يضر غيره ولا يمس غيره"؛ المادة 4 حيث "إن الحرية الشخصية تقوم بأن يعمل كل واحد ما يشاء ويتكلم بما يشاء، ويكتب ما يشاء مع مراعاة الآداب العمومية"؛ والمادة 6 حيث "المطبوعات حرة مع مراعاة الآداب العمومية". انظر ايضا الصفحة 88 من هذا الكتاب.

السلطة الادارية حق مصادرة أعداد من الجريدة وتوقيف الصحيفة لمدى معين أو منعها نهائيا"[6]، أو التعديلات التي عرفها قانون الجمعيات حيث تم إخضاع تأسيسها إلى تصريح مسبق بواسطة ظهير 1973 مضيفاً إلى مسطرة حلها بواسطة القضاء إمكانية حلها أو توقيفها بواسطة مرسوم. وعليه، فإن "قانون الحريات العامة تم تحويله، بفعل تعديلات ظهير 1973 التي تم استكمالها بظهير 1974، إلى قانون جنائي (للحريات العامة)"[7].

إن حركة المد والجزر هاته هي التي عرفها إعطاء بيان حقوق الانسان طابعاً وضعيا ودستوريا حيث تم الاستغناء عنه، إما برمته، كما هو الحال في الجمهورية الثالثة الفرنسية، وإما عن بعض مقتضياته، في دساتير ما بعد الثورة الفرنسية كدستور 1791. إن ردود الفعل التي تشكلت في اتجاه اعطاء القيمة القانونية لبيان حقوق الانسان والمواطن خلال الجمهورية الثالثة الفرنسية تذهب إما إلى اعتباره عنصراً من عناصر الدستور (هوريو) وإما إلى إعطائه قيمة تسمو على الدستور (دوكي)[8]. كل هذا على خلاف الوضعيين الذين يرون أن الضمانة تسقط مع الدستور الذي كان يشكل جزءاً منه، هذا إضافة إلى اعتبار أن إعلان حقوق الانسان والمواطن لا يسمو على الدستور فحسب بل يعد مجرداً من كل

---

(6) غلاب (عبد الكريم)، دفاع عن الديموقراطية، عبد السلام جسوس - طنجة، سلسلة الجهاد الاكبر رقم 2، مطبعة فضالة - المحمدية 1966، ص 117

(7) karem (Mohamed). La notion des droits de l'homme au Maghreb. Essai sur une nouvelle culture politique. op. cit: p. 337-388.

(8) لتبرير الضمانة الدستورية لبيان حقوق الانسان والمواطن استند هوريو إلى عنصرين: استمرارية الاعلان في اطار العرف الدستوري من جهة، والتفريق بين "الدستور السياسي" و"الدستور الاجتماعي" المتضمن في البيان، ذلك أن استقلالية هذا الأخير عن الدستور السياسي هي التي حققت له الاستمرارية من جهة أخرى. أما دوكي فيرى ان القانون ولو كان دستوريا فهو لا يكتسي قيمته الا عندما يشكل جزءاً من "الحق الموضوعي" الذي يمكن اكتشافه في كل لحظة في الوعي الجماعي، وهذا الوعي الجماعي، هو الذي تبنى الاعلان وضمنه في الحق الموضوعي الذي يجب ان تلتزم به كل قاعدة مكتوبة.

قيمة في القانون الوضعي (ايسمان ودو مالبرغ)(9). ومهما بلغت وجاهة تلك التبريرات فالعبرة ليست في التمسك بحريات متضمنة في قواعد هناك من يرى أنها تسمو على القوانين الوضعية، ولكن في تعزيز النضال - كما سبق ذكره - من أجل الحرية بالاتجاه إلى تكريسها في القوانين الوضعية التي تستمد منها قوتها وإلزاميتها. هذا دون أن نهمل الاشارة إلى أن النقاشات حول فكرة السمو الدستوري اتخذت أبعاداً إضافية في فرنسا مع تطور دور المجلس الدستوري وتطور المنظومة الاوروبية لحقوق الانسان(10).

ومهما يكن من أمر هذه التعثرات فإننا أمام مسلسل متغير، متجدد ومتطور. إن التغيير يذكر بما يفيد بأن "جيلا ما لا يمكن أن يخضع لقوانينه الاجيال المقبلة"، وهذا حسب مبررات واضعي دستور 1993 لتبرير الاستغناء عن إعلان حقوق الانسان المواطن وتعويضه باعلان آخر. أما التطور والتجديد فيقضي أنه بمجرد إقرار حريات حتى تنبعث المطالبة بأخرى. إن التطور يذكر كيف أن الحريات التي تمحورت في الوثائق الانجليزية حول الأمن الفردي سترتبط في القرن التاسع عشر بأخرى بحيث إن هذا الكل هو الذي مثّل في نظر البعض النواة الاساسية للحريات العامة. هذه التي ستجد مجالها في القرن التاسع عشر - إضافة إلى حريات جماعية - إلى جانب حقوق الجيل الثاني التي أضيفت اليها حاليا حقوق الجيل الثالث.

إن هذا المسلسل المتجدد يُعبّر لافقط عن الطابع الوضعي للحريات العامة، بل عن مضمونها الديناميكي. هذا المضمون، الذي مهما تداخلت فيه أدوار السلطة التأسيسية والتشريعية والتنفيذية، فإنه قد يتدعم بفعل الاجتهاد القضائي، هذا الذي يقتضي التذكير ببعض الأدوار كالدور الرائد للمحكمة الاوروبية لحقوق الانسان.

(9) Rivero (Jean), Les libertés publiques, tome 1 Les droits de l homme. op. cit : p. 175.

(10) Favoreu (Louis), Vedel (Gorges), "débat : Souveraineté et supra-constitutionnalité", dans la souveraineté, Pouvoirs (67), Puf, 1993 : 71-79.

الفصل الثاني
دسترة الحريات العامة

إن إقرار الحريات العامة في أسمى قانون في الدولة يشكل في الوقت الحاضر ظاهرة عالمية تكتسي دلالتها بالنظر لمتطلبات دولة القانون (I) وتختلف في اشكالها ومضامينها من دولة الى أخرى (II).

I - الدسترة ومتطلبات دولة القانون

يشكل الاتجاه الى دسترة الحريات العامة ظاهرة عالمية. إن إقرارها بواسطة الدستور ينبع من اعتباره القانون الاسمى، وبهذا فهو بمثابة الأداة الفعالة لضمانها ضد تجاوزات السلطة التشريعية والتنفيذية كما يرتبط بمفهوم معين لدولة القانون: إنها الدولة التي تلتزم بحقوق الانسان، الأمر الذي يتطلب تضمينها في قوانين الدولة. إننا هنا لسنا أمام دولة الحق بالمفهوم الشكلي(11)، دولة الحق التي تخضع لنظام الحق ويهيمن عليها تدرج القواعد القانونية التي يُضمن احترامها بواسطة قضاء مستقل. إننا أمام مفهوم جوهري لدولة الحق، يشمل هذا المفهوم المادي ويتجاوزه في آن واحد، حيث صلب دولة الحق يتشكل من مجموعة من

(11) إنه المفهوم الشكلي، الذي يرتبط بالنمساوي Hans Kelsen، حيث يفيد بأن كل اجهزة الدولة لا يمكن أن تتصرف إلا بمقتضى تخويل قانون ولا يمكن أن تستعمل الا الوسائل المسموحة من طرف القانون

الحقوق الأساسية وتدرج القوانين يصبح من مكونات دولة الحق الجوهرية[12] ؛ ذلك أن تدرج القوانين ليس هدفا في حد ذاته ولكنه وسيلة لحماية الحريات[13]. إن هذا المفهوم هو الذي يحسم مع البعد الرمزي الذي غالبا ما يرتبط به الالتفاف حول دولة الحق الذي اصبح ظاهرة عالمية وتجسد بالتنصيص عليها صراحة في عدة دساتير[14]. وبالنسبة لهذا المفهوم يكتسي دلالته، من جهة، الانتقال من الدولة الشرعية التي تختلط بسمو الممثلين والتي هيمنت خلال القرن التاسع عشر والنصف الأول من القرن العشرين، إلى دولة القانون التي يلعب فيها القضاء دوراً فعليا، ومن جهة أخرى، الفكرة التي تقضي بأن القواعد القانونية يجب أن تكون متطابقة مع الدستور، بما فيها القانون المصوت عليه من طرف البرلمان بحيث لا يعبر عن الارادة العامة إلا باحترام الدستور. كل هذا يصب في الإتجاه الذي يفيد بأن الضمانات المتعلقة بالحريات العامة ليست نتيجة حتمية لدسترتها ؛ فحتى تكون لها قيمة قانونية وفعلية وحتى يكتسي سموها بالنسبة للقواعد القانونية الأخرى التي توجد في مرتبة أدنى منها، والمنبثقة عن السلط المؤسسة، دلالته وبُعْدُه الحقيقيين فيجب، أولا، ان يتم النص عليها في دستور مكتوب وصلب، ذلك أن الدستور يفرض على المشرع - وكذا على السلطة التنفيذية - بقوة تختلف حسب المسطرة المنصوص عليها لتعديله. ويجب، ثانيا، أن ينص الدستور بصفة

(12) Chevallier (Jacques), l'Etat de droit, Montchrestien, Paris 1992 : p 31 et s.
انظر لنفس المؤلف :
"La mondialisation de l'Etat de droit", in Droit et politique à la croisée des cultures, L.G.D.J Paris, 1999 : pp. 325 et s.

(13) Chevallier (Jacques), l'Etat des droit, op. cit : p 61.

(14) ان المادة الأولى للدستور السوفياتي المصادق عليه في 12 دجنبر 1993 تنص على ان الاتحاد الروسي "دولة ديموقراطية فيدرالية، دولة الحق لها حكومة شكلها جمهوري". دستور بلغاريا لسنة 1991 وينص على ان بلغاريا "دولة الحق، مستقلة وديموقراطية" هذا بالاضافة إلى دساتير افريقية كدساتير افريقيا الوسطى لسنة 1986 ودستور مالي لسنة 1991 ودستور بوركينا لسنة 1991 الخ....

صريحة على المراقبة القضائية ضد انتهاكها، ويتعلق الأمر هنا أساساً بمراقبة دستورية القوانين.

إن دسترة الحريات العامة بهذا المفهوم تتجاوز، أولا، الفكرة التي تقضي بأنها تشكل حيزاً هاما في القانون الدستوري فقط لأن هذا الأخير يستند في جانب لا يستهان به على فصل السلط الذي اعتبره مونيتسكيو أساساً لضمان الحرية. إن التنصيص عليها بصفة صريحة لا ضمنية يفيد بأن الدستور كعقد بين الحاكمين لا يهتم فقط بتنظيم السلطات وتحديد العلاقات بينها ولكن ايضاً بضمان الحريات العامة لتشكل مكونا أساسياً من مكونات هذا العقد[15]. ويتجاوز الأمر هذه الحدود بحيث إن هناك من يبين أننا ننتقل من "مبدأ الشرعية بمفهومه الضيق إلى مبدأ الدستورانية"[16]. إننا أمام "قانون الدستور" الذي لا يعنى فقط "قانون المؤسسات" بل أمام قانون يعمل على تضمين الحريات الاساسية ؛ إن القانون الدستوري يصبح بهذا أساس كل الميادين القانونية الاخرى[17]. في هذا السياق تندرج الفكرة التي تقضي بالتقاء الهرم الدستوري مع هرم القواعد المعيارية[18]. إنها - أي دسترة الحريات العامة - تندرج، ثانياً، في إطار مفهوم جديد للديموقراطية، هاته التي لا تختلط بالسلطة المطلقة للممثلين بل تفترض احترام التعددية، والمشاركة المباشرة للمواطنين في تحديد الاختيارات الجماعية وضمان الحقوق والحريات لتصبح دولة الحق مُكَوِّناً من مكونات "الديموقراطية الموسعة". هذا الحق الذي ينظر إليه كقاعدة لتوزيع الصلاحيات داخل المجتمع المدني، بين المجتمع والدولة، بدل ان يكون أداة وصاية للدولة على المجتمع[19] بحيث إن وضع السلطة

(15) leclercq (claudè), Libertés publiques, Litec, Paris 1994 : p. 36.

(16) Louis Favoreu, "L'apport du conseil constitutionnel au droit public", dans le conseil constitutionnel, Pouvoirs, n° 13, 1991 : 19-21.

(17) انظر نفس المرجع ص 29-30.

(18) Rivero (Jean), Fin d'un absolutisme, dans le conseil constitutionnel dans le conseil constitutionnel, op. cit : p 5 et s.

(19) Cohen Tanugui (Laurent), Le droit sans l'état, Presses univirstaires de France, Paris, 1985 : p. 64.

قيمة في القانون الوضعي (ايسمان ودو مالبرغ)(9). ومهما بلغت وجاهة تلك التبريرات فالعبرة ليست في التمسك بحريات متضمنة في قواعد هناك من يرى أنها تسمو على القوانين الوضعية، ولكن في تعزيز النضال - كما سبق ذكره - من أجل الحرية بالاتجاه إلى تكريسها في القوانين الوضعية التي تستمد منها قوتها وإلزاميتها. هذا دون أن نهمل الاشارة إلى أن النقاشات حول فكرة السمو الدستوري اتخذت أبعاداً إضافية في فرنسا مع تطور دور المجلس الدستوري وتطور المنظومة الاوروبية لحقوق الانسان(10).

ومهما يكن من أمر هذه التعثرات فإننا أمام مسلسل متغير، متجدد ومتطور. إن التغيير يذكر بما يفيد بأن "جيلا ما لا يمكن أن يخضع لقوانينه الاجيال المقبلة"، وهذا حسب مبررات واضعي دستور 1993 لتبرير الاستغناء عن إعلان حقوق الانسان المواطن وتعويضه باعلان آخر. أما التطور والتجديد فيقضي أنه بمجرد إقرار حريات حتى تنبعث المطالبة بأخرى. إن التطور يذكر كيف أن الحريات التي تمحورت في الوثائق الانجليزية حول الأمن الفردي سترتبط في القرن التاسع عشر بأخرى بحيث إن هذا الكل هو الذي مثّل في نظر البعض ا لنواة الاساسية للحريات العامة. هذه التي ستجد مجالها في القرن التاسع عشر - إضافة إلى حريات جماعية - إلى جانب حقوق الجيل الثاني التي أضيفت اليها حاليا حقوق الجيل الثالث.

إن هذا المسلسل المتجدد يُعبِّر لافقط عن الطابع الوضعي للحريات العامة، بل عن مضمونها الديناميكي. هذا المضمون، الذي مهما تداخلت فيه أدوار السلطة التأسيسية والتشريعية والتنفيذية، فإنه قد يتدعم بفعل الاجتهاد القضائي، هذا الذي يقتضي التذكير ببعض الأدوار كالدور الرائد للمحكمة الاوروبية لحقوق الانسان.

(9) Rivero (Jean), Les libertés publiques, tome 1 Les droits de l'homme. op. cit : p. 175.

(10) Favoreu (Louis), Vedel (Gorges), "débat : Souveraineté et supra-constitutionnalité", dans la souveraineté, Pouvoirs (67), Puf, 1993 : 71-79.

الفصل الثاني
دسترة الحريات العامة

إن إقرار الحريات العامة في أسمى قانون في الدولة يشكل في الوقت الحاضر ظاهرة عالمية تكتسي دلالتها بالنظر لمتطلبات دولة القانون (I) وتختلف في اشكالها ومضامينها من دولة الى أخرى (II).

I - الدسترة ومتطلبات دولة القانون

يشكل الاتجاه الى دسترة الحريات العامة ظاهرة عالمية. إن إقرارها بواسطة الدستور ينبع من اعتباره القانون الاسمى، وبهذا فهو بمثابة الأداة الفعالة لضمانها ضد تجاوزات السلطة التشريعية والتنفيذية كما يرتبط بمفهوم معين لدولة القانون: إنها الدولة التي تلتزم بحقوق الانسان، الأمر الذي يتطلب تضمينها في قوانين الدولة. إننا هنا لسنا أمام دولة الحق بالمفهوم الشكلي(11)، دولة الحق التي تخضع لنظام الحق ويهيمن عليها تدرج القواعد القانونية التي يُضمن احترامها بواسطة قضاء مستقل. إننا أمام مفهوم جوهري لدولة الحق، يشمل هذا المفهوم المادي ويتجاوزه في آن واحد، حيث صلب دولة الحق يتشكل من مجموعة من

(11) إنه المفهوم الشكلي، الذي يرتبط بالنمساوي Hans Kelsen، حيث يفيد بأن كل اجهزة الدولة لا يمكن أن تتصرف إلا بمقتضى تخويل قانون ولا يمكن أن تستعمل الا الوسائل المسموحة من طرف القانون.

الحقوق الأساسية وتدرج القوانين يصبح من مكونات دولة الحق الجوهرية[12] ؛ ذلك أن تدرج القوانين ليس هدفا في حد ذاته ولكنه وسيلة لحماية الحريات[13]. إن هذا المفهوم هو الذي يحسم مع البعد الرمزي الذي غالبا ما يرتبط به الالتفاف حول دولة الحق الذي اصبح ظاهرة عالمية وتجسد بالتنصيص عليها صراحة في عدة دساتير[14]. وبالنسبة لهذا المفهوم يكتسي دلالته، من جهة، الانتقال من الدولة الشرعية التي تختلط بسمو الممثلين والتي هيمنت خلال القرن التاسع عشر والنصف الأول من القرن العشرين، إلى دولة القانون التي يلعب فيها القضاء دوراً فعليا، ومن جهة أخرى، الفكرة التي تقضي بأن القواعد القانونية يجب أن تكون متطابقة مع الدستور، بما فيها القانون المصوت عليه من طرف البرلمان بحيث لا يعبر عن الارادة العامة إلا باحترام الدستور. كل هذا يصب في الإتجاه الذي يفيد بأن الضمانات المتعلقة بالحريات العامة ليست نتيجة حتمية لدسترتها ؛ فحتى تكون لها قيمة قانونية وفعلية وحتى يكتسي سموها بالنسبة للقواعد القانونية الأخرى التي توجد في مرتبة أدنى منها، والمنبثقة عن السلط المؤسسة، دلالته وبُعْدَهُ الحقيقيين فيجب، أولا، ان يتم النص عليها في دستور مكتوب وصلب، ذلك أن الدستور يفرض على المشرع. وكذا على السلطة التنفيذية - بقوة تختلف حسب المسطرة المنصوص عليها لتعديله. ويجب، ثانيا، أن ينص الدستور بصفة

(12) Chevallier (Jacques), l Etat de droit Montchrestien. Paris 1992 : p 31 et s.

انظر لنفس المؤلف :

La mondialisation de l'Etat de droit". in Droit et politique à la croisée des cultures, L G D J. Paris, 1999 : pp. 325 et s.

(13) Chevallier (Jacques), L Etat des droit, op. cit : p 61.

(14) ان المادة الأولى للدستور السوفياتي المصادق عليه في 12 دجنبر 1993 تنص على ان الاتحاد الروسي " دولة ديموقراطية فيدرالية، دولة الحق لها حكومة شكلها جمهوري". دستور بلغاريا لسنة 1991 وينص على ان بلغاريا "دولة الحق، مستقلة وديموقراطية". هذا بالاضافة إلى دساتير افريقية كدساتير افريقيا الوسطى لسنة 1986 ودستور مالي لسنة 1991 ودستور بوركينا لسنة 1991 الخ......

صريحة على المراقبة القضائية ضد انتهاكها، ويتعلق الأمر هنا أساساً بمراقبة دستورية القوانين.

إن دسترة الحريات العامة بهذا المفهوم تتجاوز، أولا، الفكرة التي تقضي بأنها تشكل حيزاً هاما في القانون الدستوري فقط لأن هذا الأخير يستند في جانب لا يستهان به على فصل السلط الذي اعتبره مونتيسكيو أساساً لضمان الحرية. إن التنصيص عليها بصفة صريحة لا ضمنية يفيد بأن الدستور كعقد بين الحاكمين لا يهتم فقط بتنظيم السلطات وتحديد العلاقات بينها ولكن ايضاً بضمان الحريات العامة لتشكل مكونا أساسياً من مكونات هذا العقد[15]. ويتجاوز الأمر هذه الحدود بحيث إن هناك من يبين أننا ننتقل من "مبدأ الشرعية بمفهومه الضيق إلى مبدأ الدستورانية"[16]. إننا أمام "قانون الدستور" الذي لا يعنى فقط "قانون المؤسسات" بل أمام قانون يعمل على تضمين الحريات الاساسية ؛ إن القانون الدستوري يصبح بهذا أساس كل الميادين القانونية الاخرى[17]. في هذا السياق تندرج الفكرة التي تقضي بالتقاء الهرم الدستوري مع هرم القواعد المعيارية[18]. إنها - أي دسترة الحريات العامة - تندرج، ثانياً، في إطار مفهوم جديد للديموقراطية، هاته التي لا تختلط بالسلطة المطلقة للممثلين بل تفترض احترام التعددية، والمشاركة المباشرة للمواطنين في تحديد الاختيارات الجماعية وضمان الحقوق والحريات لتصبح دولة الحق مكوّناً من مكونات "الديموقراطية الموسعة". هذا الحق الذي ينظر إليه كقاعدة لتوزيع الصلاحيات داخل المجتمع المدني، بين المجتمع والدولة، بدل ان يكون أداة وصاية للدولة على المجتمع[19] بحيث إن وضع السلطة

(15) leclercq (claude), Libertés publiques, Litec. Paris 1994 : p. 36.

(16) Louis Favoreu, "L'apport du conseil constitutionnel au droit public", dans le conseil constitutionnel, Pouvoirs, n° 13, 1991 : 19-21

(17) انظر نفس المرجع ص 29-30.

(18) Rivero (Jean), Fin d'un absolutisme. dans le conseil constitutionnel dans le conseil con - stitutionnel, op cit : p 5 et s.

(19) Cohen Tanugui (Laurent), Le droit sans l'état, Presses univirstaires de France, Paris, 1985 : p. 64.

القضائية والاجتهاد القضائي ومراقبة دستورية القوانين يكون في قلب النظام السياسي لا على هامشه[20].

إن دسترة الحريات العامة واستقرارها بالمفهوم الذي ذكرناه يذكر ببوادرها التي اختلطت ببدايات اعطاء الطابع الوضعي لها. ففي انجلترا تعاقبت منذ القرن XIII، وثائق مكتوبة "تميزت عن التشريع الملكي العادي باشراك البرلمان في إعدادها، مما فرض الفكرة التي تقضي بأن الحريات العامة تستمد وجودها من نظام قانوني خاص بها" [21]. ومع أن الدستور الفيدرالي للولايات المتحدة الاميركية لم يندرج في هذا الاتجاه إلا في سنة 1791، مع التعديلات التسعة الأولى وقرار المحكمة العليا لسنة 1803 الذي سطر مبدأ سمو الدستور على القانون، وكذا صلاحيتها لفرض احترام الدستور على المشرع فإن الثورة الفرنسية لم تكن حاسمة في مجال دسترة الحريات العامة بصفة دائمة وكذا في تزويدها بقيمة دستورية فعلية؛ هذا على الرغم من نص بيان حقوق الانسان والمواطن "بأن كل مجتمع لا تكون فيه ضمانة الحقوق مؤمنة (...) هو مجتمع لا دستور له اطلاقا".

إن استقراراً من هذا القبيل لم يتم إلا خلال الجمهورية الخامسة الفرنسية. فدستور سنة 1958 أكد في مقدمته على تشبث الشعب الفرنسي بحقوق الانسان كما هي محددة في اعلان سنة 1789 وكما تم اغناؤها في مقدمة دستور 1946 في حين لم يقص مقدمة الدستور من مجال اختصاص المجلس الدستوري. هذا خلافاً لما كان عليه الامر في دستور الجمهورية الرابعة الذي حدد مجال اختصاص اللجنة الدستورية في الابواب المتراوحة بين الباب الأول والباب العاشر مما يقصي حتما المقدمة من مجال اختصاصها. وإذا كان دستور 1958 قد نص في صلبه على حريتين فقط: الاولى تتعلق بتشكيل ونشاط الاحزاب السياسية والثانية بالحرية

(20) انظر نفس المرجع ص: XII

(21) Ardant (Philippe), "Les constitutions et les libertés", dans la liberté, Pouvoirs, op. cit ; p. 63.

الفردية المخولة للسلطة القضائية، الأمر الذي من شأنه أن يثير اللبس بشأن إرادة تزويد مقدمة الدستور بالقيمة الدستورية، فإن قرارات المجلس الدستوري منذ بداية السبعينات دعمت الاتجاه الذي ذكرناه.

II – الاشكال والمضامين

إن تقلبات كالتي ذكرناها تعود لترتبط بصفة عامة بالابعاد التي يتخذها دور السلطة التأسيسية بحيث تنعكس على الاشكال التي يتخذها النص على الحريات العامة في الدساتير وتؤثر على مضمونها. فإن كان دور السلطة التأسيسية عادة ما يختفي في الدساتير العرفية وكذا في الدساتير المكتوبة (دستور الجمهورية الثالثة الفرنسية مثلا)، فإن الاتجاه المهيمن على جل الدول الانكلوساكسونية يتمثل في تخويل السلطة التأسيسية صلاحيات واسعة في هذا المجال. فالدستور لا يكتفي بإقرار المبدأ ولكنه ينص بكيفية واضحة وملموسة على الضمانات الاساسية وخاصة على مستوى المسطرة، وهذا ما يعتبر تحديداً صريحا للمجال الذي يتدخل فيه المشرع. إن التعديلات التسعة الأولى التي عرفها دستور الولايات المتحدة الاميركية معبرة عن هذا الاتجاه. كما ان الدول الآسيوية والافريقية التي خضعت سابقاً للاستعمار الانجليزي سارت جلها على هذا المنوال (الدستور الهندي لسنة 1950 مثلا في مواده المتراوحة بين 12-35).
ولا يفوتنا بخصوص الاغراق في الجزئيات أن نشير إلى أن الدستور البرازيلي لسنة 1988 يقدم لنا مثال بارزاً في هذا الصدد. إنه قسم الفصل الخامس المخصص للحقوق والواجبات الفردية والجماعية إلى 77 فقرة، إضافة إلى التقسيمات التي عرفتها كل فقرة على حدة وهكذا دواليك.
كما لا يفوتنا أن نشير إلى أن الإغراق في الجزئيات يذكر بتقاليد الدول الاشتراكية علما بأن التصريحات التي كانت تتضمنها دساتيرها تندرج في سياق مفهوم آخر للحرية. وإن كانت لا تستبعد حريات التصرف التي تختلط بالحقوق فإن النص عليها يستتبع التزام الدولة بتوفير الوسائل المادية الضرورية لممارستها. هكذا تتضمن كل مادة تنص على حرية أو

حق شطرين، يُكرّس الأول منهاً للنص على الحرية أو الحق والثاني للوسائل الكفيلة بضمانه[22]. وإذا عدنا إلى الدول الأوروبية الغربية فقد ظلت في مجملها وفية للتفريق بين الاعتراف بمبدأ الحريات العامة وتنظيمه. فالأول يعد من اختصاص السلطة التأسيسية والثاني من اختصاص السلطة التشريعية. مثال ذلك الدستور الايطالي من المادة 54-1 ودستور المانيا الفيدرالية من المادة 19-1.

إن الاعتراف بالمبدأ من طرف السلطة التأسيسية على أساس تنظيمه من طرف السلطة التشريعية هو التوجه الذي هيمن في مجال الحريات العامة على الدساتير المتعاقبة في المغرب. إن هذا التنصيص الذي تتداخل فيه، وبدرجة متفاوتة، الحريات المدنية والسياسية والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والواجبات تمّ في الباب الأول الذي يحدد نظام الحكم في الدولة، الأمر الذي يجعلها – ولو نظرياً – في موقع متميز : إنه ينص على نظام ملكية دستورية ديموقراطية اجتماعية، ويتضمن المنع الصريح للحزب الوحيد متبنياً التعددية الحزبية، وينص على عدم رجعية القانون معتبراً إياه أسمى تعبير عن إرادة الأمة، ويؤكد على مساواة المواطنين أمامه. وقد تم التنصيص على أن الاسلام دين الدولة، وهذا لا يتنافى وضمان الدولة لكل واحد ممارسة الشؤون الدينية[23] وعلى مساواة المرأة والرجل في حدود التمتع بالحقوق السياسية. أمّا الفصل التاسع فقد نص على مجموعة من الحريات التي لا يمكن وضع حد لممارستها إلاّ بمقتضى القانون : التجول، الاستقرار، الرأي، التعبير بجميع أشكاله، الاجتماع، تأسيس الجمعيات، الانخراط في أية منظمة نقابية وسياسية، عدم إلقاء القبض أو اعتقال اي أحد الا بمقتضى القانون، تقرير حرمة المنزل، سرية المراسلات وحق الملكية. وتعد الحقوق ضئيلة مقارنة مع

22) انظر الصفحة 43-44 من هذا الكتاب :

(23) بخصوص هذه المسألة انظر :

Moaqit (Mohammed), Liberté, et libertés publiques, op. cit. pp. 112-116.

الحريات : إنها تفيد بأن التربية والشغل حق للمواطنين، وأن حق الاضراب مضمون يخضع في ممارسته لقانون تنظيمي. أما الواجبات فتتضمن مساهمة جميع المواطنين في الدفاع عن الوطن، في تحمل التكاليف العمومية والتحمل بالتضامن التكاليف الناجمة عن الكوارث التي تصيب البلاد. وقد اضاف دستور سنة 1992 في المقدمة التأكيد على التشبث بحقوق الانسان كما هي "متعارف عليها عالميا" في حين أن الدستور الأخير لسنة 1996 نص في صلبه على حرية المبادرة.

غير أن تفعيل الحريات المعترف بها بصفة عامة في نصوص الدساتير من طرف السلطة التشريعية ليس حتميا. بالفعل، ليس هناك ما ينص على الاتجاه الذي ينبغي أن تسير فيه "إلزامية التشريع"[24]. من هنا تخلف البرلمان عن التشريع في مجالات كحق الاضراب الذي أحال فيه الدستور المغربي مثلاً صراحة الى قانون تنظيمي[25] أو لتفعيل الفصل الثامن المتعلق بالمساواة السياسية بين الجنسين[26]، هذا التخلف الذي يتأثر بغياب الارادة السياسية ويتأثر بموقع البرلمان في ظل النظام السياسي وبعلاقاته مع السلطة التنفيذية.

وتفسح دسترة الحريات العامة المجال لتنوع المضامين من دستور إلى آخر. وحتى إذا ما لمسنا في عمل السلطة التأسيسية محاولة إقامة تراتبية للحريات العامة بتأسيس نواة صلبة لها، فهذه التراتبية تتخذ أبعاداً مختلفة على مستوى دساتير الدول وحتى على مستوى دساتير الدولة الواحدة. إن الإتجاه إلى تأسيس النواة الصلبة وإن تعددت مؤشراته فإنه يظهر بصفة جلية على مستوى النصوص الخاصة بتعديل الدستور او بالحالات الاستثنائية.

(24) Garrigou-Lagrange (Jean-Marie), "L'obligation de légiférer", dans Droit et politique à la croisée des cultures, op. cit, p. 305 et s.

(25) انظر الصفحة 91-92 من هذا الكتاب.

(26) المصدق (رقية)، "الحقوق السياسية بين غياب التفعيل ومحاولات التجاوز"، في موقع المرأة في السياسي في لبنان والعالم العربي، باحثات، العدد الرابع، بيروت، 1997-1998 : 297-312.

إن مؤشرات تأسيس النواة الصلبة قد تُحيل إلى طبيعة النص، أو التسلسل في التقديم او طريقة الصياغة[27]. فطبيعة النص المتضمن للحريات والحقوق تثير مدى تزويد اعلانات الحقوق أو مقدمة الدساتير بالقيمة الدستورية أو بالضمانات. أما التسلسل في تقديم الحريات[28] فيثير مثلا المادة الثانية من بيان حقوق الانسان والمواطن بحيث يعتبر البعض الحقوق المتضمنة فيها بمثابة نواة صلبة. -إن الوثيقة الكندية للحريات والحقوق تبدأ في مادتها الثانية بتعداد حريات أربعة معتبرة إياها أساسية : حرية الضمير والحرية الدينية وحرية الفكر والمعتقد والرأي والتعبير بما فيها حرية الصحافة ووسائل التواصل الأخرى، حرية التجمع السلمي وحرية الاجتماع. ويضع القانون الاساسي الالماني في بداية الفصل المتعلق بالحقوق الاساسية الحق في كرامة الشخص مضفياً عليه طابعاً مطلقاً "إن كرامة الشخص الانساني مطلقة"، ويذهب دستور بلغاريا لسنة 1991 في مقدمته الى تقرير سمو مبدأ حقوق الشخص وكرامته وأمنه.

أما المؤشرات على مستوى الصياغة فتثير وصفا خاصاً لبعض الحقوق كاعتبار دستور 1793 حق مقاومة التعسف والطغيان بمثابة "الحق الضروري والواجب الأكثر إلحاحاً" والدستور البلغاري الذي يعتبر في مقدمته كمبدأ سامي "حقوق الشخص، وكرامته وأمنه" في حين ينص في مادته 57-1 على أن "الحقوق الاساسية للمواطنين غير قابلة للتفويت"، أو الوثيقة الكندية التي اعتبرت الحريات المنصوص عليها في المادة الثانية حريات أساسية. وتثير الصياغة أيضا إضفاء صفة القداسة على بعض الحقوق كاعتبار "حق الملكية مقدس" في بيان حقوق الانسان والمواطن. ومن الغريب أن نذكر هنا بأن دستور رواندا لـ 10 يونيه 1991 يعتبر "الشخص الانساني مقدس". ويذهب الدستور الياباني في مادته الحادية

(27) Breillat (Dominique), La hierarchie des droits de l'homme, dans Droit et politique à la croisée des cultures, op. cit : p 354-359.

(28) انظر نفس المرجع.

عشرة إلى اعتبار الحقوق الاساسية المضمونة في الدستور بمثابة "حقوق أبدية مقدسة". وعلى مستوى المقتضيات الخاصة بتعديل الدستور[29] فالنواة الصلبة للحريات العامة تتأسس انطلاقاً من جعل بعض الحريات بمنأى عن التعديل الدستوري وذلك بتزويدها بجمود مطلق. هنا تتجاوز فكرة الجمود المطلق الاقتصار على نصوص كالمتعلقة بمنع تعديل الشكل الجمهوري للدولة الذي ينص عليه الدستور الفرنسي أو الشكل الملكي للدولة أو الدين الاسلامي كما ينص على ذلك الدستور المغربي. فدستور الكونفدرالية السويسرية ينص في مادته 110-1 نص على منع التعديل في تسع حالات منها ما يتعلق بحقوق وحريات، كاحترام وحماية القيمة الانسانية والمساواة أمام القانون. ولا يفوتنا أن نشير إلى أن بعض الدساتير دون أن تؤسس تراتبية بين الحريات فإنها تذهب إلى إخضاع تعديل النصوص المتعلقة بها كلها إلى مسطرة خاصة كالدستور الروسي الذي ينص على أن من بين الفصول التي يتطلب تعْديلها تدخل الجمعية التأسيسية الفصل المتعلق بحقوق وحريات المواطن. كما ان النصوص المتعلقة بالحالات الاستثنائية قد تضع أحيانا بعض الحقوق بمنأى عن الاجراءات المتخذة في الظروف الاستثنائية إما بالنص على الحقوق والحريات التي يمكن تجاوزها أو بالنص على تلك التي لا يمكن تجاوزها. وهذه الأخيرة هي التقنية المتبعة حاليا[30]. فدستور بلغاريا مثلا ينص على حقوق لا يمكن تجاوزها في حالة اعلان الحرب وحالة الحصار وحالة الاستثناء وتتمثل في الحق في الحياة، منع التعذيب، بعض مبادئ المسطرة الجنائية، حرية الحياة الخاصة، حرية الضمير.

وكيفما كانت الابعاد التي يتخذها دور السلطة التأسيسية فإن الاسهاب في النص على الحريات والحقوق الذي تعرفه بعض الدساتير يعرف مقاومة تجد تفسيرها في التساؤل الآتي : هل من المنطقي أن

(29) انظر نفس المرجع، ص 360-365

(30) انظر نفس المرجع

يتجاوز الدستور العموميات إلى الجزئيات وأن يتجاوز النص على الحريات الكلاسيكية إلى حقوق الجيل الثاني والثالث وإلى حقوق الفئات الاجتماعية المختلفة(31)؟ إنه تساؤل يرتبط بآخر وينطوي على الاستفهام حول مآل القيمة القانونية والدستورية لافقط بالنسبة للحقوق الاقتصادية والاجتماعية وحقوق الفئات الاجتماعية بل حتى بالنسبة للحريات الكلاسيكية. بعبارة اخرى فهو استفهام يبرره التخوف من الانعكاسات السلبية لهذا الاتجاه خصوصاً على القيمة القانونية والدستورية بالنسبة لحقوق الجيل الثاني والثالث فقط بل حتى بالنسبة للحريات الكلاسيكية التي أحرزت على هذه القيمة بفضل النجاح الذي تكللت به(32). هل يعني هذا أن سلطة الدستور ستتراجع في هذا المجال لتتلاشى وأن الضمانات والحماية ستفقد الدلالة والبعد اللذين عرفتهما ؟

كيفما كان الامر يبقى التأكيد على أهمية دور السلطة التأسيسية وارداً إذ بالنسبة له يتحدد دور السلطة التشريعية وكذا دور السلطة التنفيذية.

(31) Ardant (Philippe), "Les constitutions et les libertés" dans La liberté, op. cit : p. 73-74.

(32) انظر نفس المرجع ونفس الصفحات.

الفصل الثالث

الصلاحية التشريعية

إن الاقرار بأهمية الصلاحية التشريعية يعد واقعاً (I) يكتسي دلالة تختلف حسب ما إذا ما تموقعنا في إطار الدولة الشرعية أم في اطار دولة القانون (II)، وتتبين حدوده وأبعاده في المقتضيات الدستورية (III)

I – أهمية الصلاحية التشريعية

إن أهمية الصلاحية التشريعية في مجال الحريات العامة تجد أساسها في الحذر من السلطة التنفيذية التي يهمين عليها هاجس المحافظة على النظام العام. إنها تظل قائمة وهذا بصرف النظر عن التحولات التي عرفتها السلطة التشريعية.

إن هذه الأهمية تكمن، أولاً، في الطبيعة التمثيلية التي تجعل البرلمان ممثل المواطنين أمام الحاكمين وتفسر الاتجاه الى اعتباره "مفوض الحرية في مواجهة السلطة الحاكمة"(33). إنها تكمن، ثانيا، في خصائص القواعد المنبثقة عنه، أو بالاحرى في القوانين التي يصوت عليها البرلمان، سواء من الناحية الشكلية (وهذا ما يرتبط بمزايا المسطرة التشريعية حيث يتم التصويت عليها بعد مناقشتها في اللجنة البرلمانية وعلى اثر مناقشة علنية دون استبعاد ادخال تعديلات عليها)، أم من الناحية المادية حيث

(33) Turpin (Dominique), Les libertés publiques, Dunod. Paris 1993 : p. 55.

تسير عمومية القاعدة القانونية[34] إلى جانب عدم رجعية القانون[35]. هذا على أن أهمية الصلاحية المخولة إلى البرلمان تختلط بأهمية القانون الذي يعتبره البعض أساس الحرية. فإن كانت الحرية تعني التصرف حسب القانون والحرية المدنية تعني الحق في فعل كل ما تسمح به القوانين، فإن الحرية المدنية تتأسس على أحسن القوانين الممكنة. بناء على هذا التصور فتعريف الحرية متغير متضمن في القانون وهذا ما يفيد بعدم وجود تعريف ثابت وقار لها[36].

II – الصلاحية التشريعية بين "الدولة الشرعية" ودولة القانون

إن تقرير أهمية الصلاحية البرلمانية هاته من حيث المبدأ تنطوي لدى البعض على اعتبارها مطلقة. بيد أن اعتباراً كهذا يختلط بما يسمى بالدولة الشرعية التي تجد أساسها في سمو سلطة الممثلين (سمو النظام التمثيلي) بدون اي منازع. إنه يجد تفسيره، أولا، في قراءة خاصة لبيان حقوق الانسان والمواطن يتداخل فيها تخويل القانون سلطة وضع الحدود على

(34) تعني أن القانون عام وواحد بالنسبة للجميع، فهو يطبق على الجميع بدون استثناء، ويعد القانون الجنائي معبراً عن أهمية هذا المبدأ. غير أن هذه القاعدة عرفت تطوراً وأصبحت العمومية تخضع لدرجات متعددة. فهناك قوانين دون ان تطبق على كل أفراد المجموعة البشرية فهي تأخذ بعين الاعتبار أوضاعهم الخاصة وهذا ما يفيد بأن التطور أدى إلى عمومية يمكن القول بأنها نسبية تهدف إلى إعطاء مختلف الفئات الاجتماعية والاقتصادية والمهنية قوانين أساسية ملائمة لوضعيتها. مع ذلك فالقاعدة تظل عامة بالنسبة لجميع افراد الفئة المعنية.

(35) تكمن أهمية المبدأ في كون الفرد لا يمكن أن يتخذ أي اقرار إلا وهو مدرك للنتائج المترتبة عنه. وتتمثل خطورة رجعية القوانين بخاصة في مجال القوانين الجنائية وكذا في المجالات القمعية، وبهذا يكون الأمن القانوني المرتبط بعدم رجعية القانون من مكونات الحرية. غير أن عدم الرجعية لا تستبعد استثناءات خصوصاً في الحالات التي يكون فيها القانون الموضوع أقل قساوة من القانون السابق. وإن كانت عدم الرجعية تقيد القاضي الذي يقتصر على تأويل القانون وكذا السلطة التنظيمية فإنها لا تقيد المشرع الذي يمكن أن يضع قانونا يطبق بأثر رجعي. إن قانونا يقتصر على تأويل قانون سابق لا تناله عدم الرجعية، فتاريخ تطبيقه يبدأ من تاريخ صدور القانون السابق.

(36) Heymann-Doat (Arlette), Libertés publiques et droits de l'homme, Librairie Générale de Droit et de jurisprudence, Paris 1992 : p 15

الحريات[37] مع اعتباره تعبيراً عن الارادة العامة[38]. فهو من ناحية عام لأن الفرد عندما يخضع للارادة العامة فإنه لا يخضع الا لنفسه ولهذا فإن الشعب عن طريق ممثليه لا يمكن أن يضطهد نفسه بواسطة قوانين تحد من حريته وبناء عليه فالمساواة متضمنة في مبدأ الشرعية[39]، ومن ناحية أخرى بما أن لجميع المواطنين الحق في المساهمة شخصيا، وبواسطة ممثليهم في إعداده فإن الحرية المدنية تتأسس على الحرية السياسية، وبعبارة أخرى يعد القانون حامي الحرية المدنية لانه نتاج الحرية السياسية[40]. هذا على ان اعتبار الصلاحية البرلمانية مطلقة دعمه، ثانيا، التطور الدستوري والممارسة الدستورية في فرنسا خلال الجمهورية الثالثة حيث خلو القوانين الدستورية لسنة 1875 من الحريات العامة أفسح المجال لتدخل البرلمان في كل ما يتعلق بإقرارها. هذا على أن الجمهورية الثالثة لا تختزل في كونها "العصر الذهبي" للحريات العامة بل تداخلت فيها قوانين تدعم الحريات، وأخرى، خاصة مع الثلاثينيات والاربعينيات، تعتبر خانقة لها[41]. ولا يفوتنا أن نشير هنا إلى أن سمو النظام التمثيلي هو الافق الذي يندرج فيه مشروع دستور سنة 1908 في المغرب والذي وجه واضعيه، هذا على الرغم من حدود اختصاصات منتدى الشورى التي لا تعدو ان تكون استشارية. إن فكرة السمو يمكن نلمسها من خلال

(37) تنص المادة الرابعة على أنه "(...) لا حدود لممارسة الحقوق الطبيعية لكل انسان إلا تلك التي تؤمن للاعضاء الآخرين للمجتمع التمتع بهذه الحقوق. هذه الحدود لا يمكن تحديدها الا بالقانون".

(38) تنص المادة السادسة على ان "القانون هو تعبير عن الارادة العامة، ولكل المواطنين الحق في ان يساهموا مباشرة او بواسطة ممثليهم في صياغته. يجب ان يكون واحداً حتى في حالتي الحماية والعقاب...".

(39) Heymann-Doat (Arlette), Libertés publiques et droits de l'homme. op. cit : p. 14-15.

(40) انظر نفس المرجع ص 15.

(41) يتجاوز الامر لدى البعض القيود المتعلقة بحريات كحرية تأسيس الجمعيات وحرية التجمع والتظاهر في الشوارع العمومية في هذه الفترة، وذلك بتحليل نقدي للفكرة المتداولة "العصر الذهبي" للحريات الذي يتناول الفترة المتراوحة بين 1879-1914. انظر في هذا الشأن :
Machelon (Jean Pierre). La République contre les libertés, Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, Paris, 1976.

الاختصاصات في مجال الحريات حيث وضع حدود عليها لا يمكن ان يتم الا "بعد قرار منتدى الشورى ومصادقة السلطان كتابة"[42]، كما أن مسؤولية رجال السلطة من "عساكر وقواد" عن التعسفات تكون أمام "منتدى الشورى والسلطان"[43]. ولكن فكرة سمو النظام التمثيلي هاته تتضح بجلاء في مجال النظر في الشكاوى الفردية التي ينفرد بها منتدى الشورى. في هذا المجال يختفي توزيع الادوار بينه وبين السلطان، هذا على ان دور القضاء هنا غير وارد بتاتا[44].

غير أن اعتبار الصلاحية البرلمانية مطلقة، والذي ينبع من أن القانون تعبير عن الارادة العامة، يهتز، أولا، أمام المفهوم الذي يعتمد القانون كتعبير عن الاغلبية السياسية. هذا المفهوم لا يستبعد إمكانية التعارض بين الاغلبية والأقلية أو تعسف القانون إزاء الحرية، الامر الذي يقتضي حمايتها من التجاوزات التي يمكن ان تعترضها، وكذا حمايتها من تعسف القانون[45]. إن تقدم هذا المفهوم هو الذي يفسر حلول دولة القانون التي يحتل فيها القضاء موقعاً أساسياً محل الدولة الشرعية[46]، ومن ثَمّ حلول

(42) إنها المواد المتعلقة بنزع الملكية وشروطها (23) أو حجزها (24)، انتهاك حرمة المسكن (25)، الإبعاد عن منطقة معينة (26)، الحكم على مجرم بالقتل او السجن المؤبد (27).

(43) تنص المادة 30 على أنه "لا يجوز أبداً أن تقطع رؤوس العصاة الذين سقطوا في قتال مع عساكر المخزن وتحمل إلى فاس أو غيرها وتعلق على الأسوار كالعادة المعروفة... "وتنص المادة 31 "على أنه لا يسوغ لعساكر المخزن عند مقاتلة قبيلة من القبائل أن ينهبوا مواشي القبيلة ودوابها وأشياءها ويقتسموها بينهم حسب العادة المعروفة..." في حين أن المادة 32 تقضي بأنه "لا يسوغ أبدا قتل الاسرى والجرحى او تجريدهم من ثيابهم وإرسالهم عراة كالعادة المعروفة (...)".

(44) تنص المادة 34 على أنه "يحق لكل فرد من أفراد التبعة المغربية على الاطلاق ان يقدم شكوى على اي موظف كان من موظفي المخزن او غيرهم من أبناء البلاد ناله من ظلم أو أذى أو رأى في أعماله وتصرفه شيئا مما يخالف نصوص إحدى مواد الدستور إلى منتدى الشورى، وعلى منتدى الشورى أن ينظر في شكوى الشاكي بلا إمهال ولا إهمال وينتصر للحق والعدل على كل حال".

(45) Rivero (Jean), Les libertés publiques T1 les droits de l homme, op. cit : p. 195.

(46) ومع ذلك فهذا التحليل الذي يرى أن هذا الانتقال في فرنسا من الدولة الشرعية الى دولة القانون الذي تتمثل ابعاده حاليا – وهذا غالبا – في تقديم دولة القانون والديموقراطية وكأنهما متعادلتان يستوجب العودة إلى جذوره التاريخية لوضعه في اطاره الحقيقي، هذه التي تبين بأن النقاشات الاولى التي عرفها كانت أقل تقدمية بكثير من الآن بحيث يمكن القول بأن المقصود كان هو إقامة التعارض بين النسق القانوني الذي يدعى بأنه محايد والنسق السياسي الذي يُعتقد ==

مبدأ الدستورانية محل مبدأ الشرعية[47]، كما سبق أن ذكرنا. إن اعتبار الصلاحية البرلمانية مطلقة يهتز، ثانيا، أمام تراجع الفصل الحقيقي للسلط لاسباب سياسية ودستورية حيث تبلغ حدتها احياناً صعوبة عزل السلطة التشريعية عن التنفيذية. فالاعتبارات السياسية تجد اساسها في هيمنة التطور الحزبي على العلاقات بين السلطة التنفيذية والتشريعية مما يخفف من احتمال المواجهة بينهما ويتجه إلى وضع أسس التداخل بين الوظيفتين، كما ان الاعتبارات الدستورية التي ذهبت الى عقلنة البرلمان في مجال التشريع والمراقبة دعمت تداخلاً كهذا. فهيمنة الحكومة على المسطرة التشريعية تفسر تعريف القانون على أنه القاعدة المصوت عليها من طرف البرلمان. إن غياب هذا الفصل الحقيقي للسلط يجعل ضرورياً اكثر من أيِّ وقت مضى ضرورة خضوع القاعدة التشريعية للقاعدة الدستورية ودعم هذا الخضوع بالمراقبة القضائية[48]. وفي فرنسا تعد اجتهادات المجلس الدستوري رائدة في هذا المجال.

III – الصلاحية التشريعية والدستور: الحدود والابعاد

إن هذه الاعتبارات التي تلتقي حول وضع أهمية الصلاحية البرلمانية في إطارها الحقيقي تدعم بأنها تستمد اساسها من نص الدستور. إنها – مثلا – حسب الفصل 46 من الدستور المغربي لـ 7 اكتوبر 1996 الذي حدد مجال القانون[49] مقيدة في إطار الحريات والحقوق التي تم النص عليها في

== بأنه مهدد بتعميم الانتخاب، هذا على ان الوقت الحاضر "يبين تضخماً في انتاج القواعد المعيارية وغيابا متزايداً لضبط المواطنين لمضمونها وسيرها". انظر في هذا المجال:
Redor (Marie-Joëlle), De l Etat légal à l Etat de droit, L évolution des conceptions de la doctrine publiscite française 1879-1914. Economica. Presses universtaires d Aix-Marseille, 1992.

(47) انظر الصفحة 77-78 من هذا الكتاب.

(48) Morange (Jean), Droit de l homme et libertés publiques, op. cit : p. 78.

(49) ينص الفصل 46 من الدستور على: "يختص القانون بالاضافة إلى المواد المسندة إليه صراحة بفصول أخرى من الدستور بالتشريع في الميادين الآتية:
– الحقوق الفردية والجماعية المنصوص عليها في الباب الأول من هذا الدستور؛
– تحديد الجرائم والعقوبات الجارية عليها والمسطرة الجنائية والمسطرة المدنية وإحداث أصناف جديدة من المحاكم؛ =

الباب الاول من الدستور. فهو يقضي في فقرته الأولى بأن البرلمان يختص بالتشريع في "الحقوق الفردية والجماعية المنصوص عليها في الباب الاول". وترتبط بهذه الفقرة الفقرة الثانية التي تخوله "تحديد الجرائم والعقوبات الجارية والمسطرة الجنائية والمسطرة المدنية وإحداث اصناف اخرى من المحاكم". هذا على ان مجال الصلاحية البرلمانية لم يتم تمديده صراحة إلى تصدير الدستوروفقاً للتعديل الذي لحقه منذ دستور اكتوبر 1992 حيث تم التأكيد على تشبث المملكة "بحقوق الانسان كما هي متعارف عليها عالميا".

ويحدد الفصل 34 من دستور الجمهورية الخامسة الفرنسية لسنة 1958 الصلاحية البرلمانية في "الحقوق المدنية والضمانات الاساسية المخولة إلى المواطنين لمارسة حرياتهم العامة (...)". ومع ذلك فضرورة تقيد السلطة التشريعية بالمقتضيات الدستورية يمتد الى الفصل 55 الذي يقضي بسمو المعاهدات والاتفاقيات المصادق عليها على القانون، ويتجاوزه الى مقدمة الدستور التي لم تُحلْ فحسب إلى بيان حقوق الانسان والمواطن بل إلى مقدمة دستور سنة 1946. إن هذه المقدمة وإن أحالت الى بيان حقوق الانسان والمواطن متممة إياه بالنص على جملة من "المبادئ السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي تعد بصفة خاصة ضرورية الى عصرنا هذا" فإنها تضمنت أيضاً النص على "المبادئ الاساسية المعترف من طرف قوانين الجمهورية". إن ارتقاء هذه القوانين التي كانت تعد أساساً من طبيعة تشريعية الى مستوى القوانين الدستورية يجرد السلطة

=
- النظام الاساسي للوظيفة العمومية،
- الضمانات الاساسية الممنوحة للموظفين المدنيين والعسكريين؛
- النظام الانتخابي لمجالس الجماعات المحلية؛
- إحداث المؤسسات المدنية والتجارية؛
- تأميم المنشآت ونقلها من القطاع العام إلى القطاع الخاص.
-للبرلمان صلاحية التصويت على قوانين تضع إطاراً للأهداف الأساسية لنشاط الدولة في الميادين الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

التشريعية من حرية التصرف فيها ويلزمها بها عند ممارسة صلاحياتها، وكل إعادة نظر فيها تتطلب تدخل مسطرة تعديل الدستور(50). بالنسبة لهذا الكل الذي له قيمة دستورية تتحدد الصلاحية التشريعية في الدستور الفرنسي في اطار الضمانات الاساسية، إما لوضع حرية لم يتم تكريسها بعد أو لوضع النظام الاساسي لحرية تم تكريس مبدئها في النصوص الدستورية لتنظيم شروط ممارستها، وإما للتدخل في اطار نص دستوري خول صراحة الى السلطة التشريعية صلاحية تنظيم ممارسة حريات معينة كحرية الاضراب(51). وتبقى النتيجة العملية لغياب المشرع هي تدخل السلطة التنفيذية لاتخاذ التدابير الضرورية للمحافظة على النظام العام. وإذا كان الدستور المغربي ينص في الفصل 14 على أن "حق الاضراب مضمون وسيبين قانون تنظيمي الشروط والاجراءات التي يمكن معها ممارسة هذا الحق "فإن عدم إصدار المشرع لهذا القانون التنظيمي يطرح تساؤلات يأتي على رأسها "إلزام المشرع بالتصرف"؛ هذا على أن إلزامية التشريع هنا لا تطرح من الناحية الكمية بل من الناحية الكيفية، بمعنى "أنها تضع على كاهل المشرع التزامات ايجابية" وتندرج في "مسلسل تحسين تقنية دولة الحق"(52). وإذا كنا أمام نصين متعلقين بالاضراب سابقين على أول دستور مغربي: ظهير 19 يناير 1946 الذي لا يسمح بالاضراب الا بعد استنفاذ طرق التوفيق والتحكيم، ومرسوم

(50) Rivéro (Jean), Les libertés publiques T1 Les droits de l'homme, op. cit : p 187-188.

(51) إن هذا الحق الذي نصت عليه مقدمة الدستور الفرنسي لسنة 1946 لم يرد الى حد الآن أي نص عام بشأنه. إن الصياغة التي تقضي بممارسته في إطار القوانين التي تنظمه تم تبنيها في قانون يونيه 1983 الذي يحدد حقوق وواجبات الموظفين. وهناك بعض القوانين الخاصة التي منعت حق الاضراب على بعض فئات الموظفين، او الاضرابات المفاجئة، أو الاضرابات الدورية أو لفرض حد أدنى لسير مرفق الاذاعة والتلفزة (30 شتنبر 1983). انظر:
Leclercq (Claude), Libertés publiques, op. cit : p. 236-237.

وكذلك:
Charvin (Robert) et Sueur (Jean Jacques), Droits de l'homme et libertés de la personne, Litec, Paris 1997 ; 187-190.

(52) Garrigou-Lagrange (Jean-Marie), "L'obligation de légiférer", dans Droit et politique à la croisée des cultures, op. cit : p. 91 et s.

5 فبراير 1958 الذي يمنع على الموظفين ممارسة حق الاضراب، فهناك من ذهب إلى اعتبار الثاني "مخالفا للدستور نظرا لكونه اتخذ قبل اصدار الدستور الذي اعترف بحق الاضراب" والأول "دستوريا مادام يسمح بهذا الحق رغم تقييده له إلى غاية اصدار القانون التنظيمي المنصوص عليه في الفصل 14" من الدستور[53]. كل هذا يسير في اتجاه الاستناد الى الدستور لممارسة حق الاضراب ولو في غياب قانون تنظيمي ينظمه، ذلك أن عدم تدخل السلطة التشريعية لتكريس حرية ما لا يحرم المواطن من ممارستها وفقا للمبدأ الآتي "كل ماهو غير ممنوع من طرف القانون مباح".

إن غياب تدخل المشرع بالرغم من وجود النصوص الدستورية في مجال كالذي ذكرناه إن لم نقل بأنه إرادي فإنه يدفع على الأقل إلى التساؤل إلى أي حد يعتبر هذا الغياب إراديا وماهي العوامل التي تتظافر لتفسيره؟ ومع ذلك فالامر قد يتجاوز غياب المشرع "الإرادي" في مجال الحريات بصفة خاصة إلى تغيبيه او غيابه غير الارادي في مجال التشريع بصفة عامة بحيث تظل انعكاساته على الحريات العامة إما محتملة أو واردة حسب الحالات. قد تكون هذه الحالات - كما هو الحال في المغرب - ناتجة إما عن تطبيق المقتضيات الدستورية التي تؤسس إما تأرجح صلاحية التشريع بين الهيئة البرلمانية والهيئة التنفيذية وتفويض التشريع بمقتضى القانون والتشريع في الفترة الفاصلة بين الدورات[54]، وإما عن حلول السلطة التنفيذية - ممثلة في رئيسها - محل السلطة التشريعية كالفترة

(53) بندورو (عمر)، مدخل إلى دراسة حقوق الانسان والحريات العامة، مطبعة دار النشر المغربية، الدارالبيضاء 1998 : ص 148.

(54) ينص الفصل 45 من الدستور المغربي لسنة 1996 على أن "للقانون أن يأذن للحكومة ان تتخذ في ظرف من الزمن ولغاية معينة بمقتضى مراسيم تدابير يختص القانون عادة باتخاذها ويجري العمل بهذه المراسيم بمجرد نشرها. غير انه يجب عرضها على البرلمان لقصد المصادقة عند انتهاء الاجل الذي حدده قانون الاذن باصدارها، ويبطل قانون الاذن اذا ما وقع حل مجلس البرلمان او أحدهما". اما الفصل 55 فينص على انه "يمكن للحكومة ان تصدر خلال الفترة الفاصلة ما بين الدورات وباتفاق مع اللجان التي يعينها الامر في كل من المجلسين مراسيم قوانين يجب عرضها على المصادقة في أثناء الدورة العادية التالية للبرلمان".

الفاصلة بين حل البرلمان وانتخاب برلمان جديد[55]، وإما عن انعكاسات ممارسة دستورية كالمتمثلة في تطبيق الفصل التاسع عشر من الدستور الذي تخلل الحياة الدستورية والسياسية[56]. كل هذا اضافة الى حالات الازمات التي قد تجد أساسها اما في نص تشريعي وإما في نص دستوري وهذا حسب الانظمة السياسية[57].

وفي كل الحالات المشار اليها، فان دور السلطة التنفيذية يظل قائما وذلك لاتخاذ التدابير التي تتطلبها المحافظة على النظام العام.

(55) ينص الفصل 71 على امكانية حل البرلمان من طرف الملك منظماً شروطه، أما الفصل 72 فينص على انه "يقع انتخاب البرلمان الجديد او المجلس الجديد في ظرف ثلاثة اشهر على الاكثر بعد تاريخ الحل. وفي اثناء ذلك يمارس الملك بالاضافة الى السلط المخولة له بمقتضى هذا الدستور السلط التي يختص بها البرلمان في مجال التشريع".

(56) إنه التطبيق الذي عرفه الفصل 19 بعد انتهاء مدة ولاية البرلمان في 13 اكتوبر 1983 إلى غاية تنصيب برلمان جديد في 14 أكتوبر 1984. إنه ينص على ان "الملك أمير المؤمنين والممثل الاسمى للامة ورمز وحدتها وضامن دوام الدولة واستمرارها، وهو حامي حمى الدين والساهر على احترام الدستور، وله صيانة حقوق وحريات المواطنين والجماعات والهيئات. وهو الضامن لاستقلال البلاد وحوزة المملكة في دائرة حدودها الحقة". حول دلالة التطبيق الذي يعرفه هذا الفصل انظر:

El Massadeq (Rkia), "L'interaction de l'explicite et de l'implicite dans le réforme constitutionnelle au Maroc", dans Droit et politique à la croisée des cultures, L.G.D.J, Paris 1999 : p. 91 et s.

(57) انظر الصفحة 96-97 من هذا الكتاب.

الفصل الرابع
الصلاحية التنفيذية والادارية

إذا كانت السلطة التنفيذية تخضع في ممارسة مهامها لتقاليد المحافظة على النظام العام (I) فإن الاعتبارات الدستورية تجعلنا امام ضرورة التوفيق بين الحرية والنظام العام في الحالات العادية، وتفسح المجال لهيمنة هاجس النظام العام في الحالات الاستثنائية (II). كل هذا لا يستبعد التساؤل فيما إذا أصبحت السلطة التنفيذية بفعل التطورات الحالية "حارساً نبيلا للحريات العامة" (III).

I – اعتبارات تقاليد المحافظة على النظام العام

مهما اتسع مجال الصلاحية التأسيسية والتشريعية في ميدان الحريات العامة ومهما بلغت حدة الحذر من السلطة التنفيذية فإن دورها يظل قائما باعتبارها المالكة للقوة المادية المتمثلة في الجيش والشرطة والادارة. إنه دور يجد تفسيره لا فقط في التطورات الحالية التي ترسخ الاتجاه إلى دعمها على حساب السلطة التشريعية بفعل تراجع النظام التمثيلي. إنها أصبحت تستمد دوراً كهذا في عديد من الانظمة من نصوص دستورية، هذا الدور الذي يقتضي الالمام به التمييز بين الحالات العادية والاستثنائية.

إن دور السلطة التنفيذية في المجال الذي نحن بصدده له جذور تاريخية، لا نقول بأنها تستمد أساسها من الطبيعة المطلقة للسلطة السياسية ولكن من تقاليد المحافظة على النظام العام، وهذا مهما بلغ

الحذر من السلطة التنفيذية التي جسدت تاريخيا عداء السلطة إزاء الحرية. من هنا تتمثل الاستمرارية في دورها لافقط باعتبار الصلاحية المتمثلة في تنفيذ القوانين ولكن، وأساساً، في اعتبارات المحافظة على النظام العام فبالرغم من أنها لا تخلق الحرية فليس هناك ما يمنعها من التدخل في حالة غياب المشرع أو صمته لاتخاذ التدابير التي يتطلبها التوفيق بين الحرية والنظام العام. أما في مجال تنفيذ القوانين فنعرف أنه من الضروري اتخاذ الاجراءات التطبيقية إما بواسطة مراسيم او بواسطة قرارات فردية. هنا نتوقف لنشير بأن السلطات الادارية او الشرطة الادارية[58] تحتفظ بهامش من التصرف لان متطلبات النظام العام ترتبط بظروف واقعية، متقلبة ومختلفة، تتمرد على الاحاطة التجريدية والعامة للقانون[59] وأنّ تدخلها لا يستبعد أن يتخذ أبعاداً متفاوتة على الصعيد المحلي وعلى الصعيد الوطني. وإذا كان مجال السلطة التنظيمية لا ينحصر في دساتير كالدستور الفرنسي أو المغربي[60] في تنفيذ القوانين فإنه مهما كانت الابعاد التي تتخذها ممارستها لها فإن ضرورة التوفيق بين الحرية والنظام العام تظل قائمة.

II – متطلبات التوفيق بين النظام العام والحرية

يفترض فيها أن تستجيب لاعتبارات المفهوم الديموقراطي للنظام[61] الذي يتطلب وجود الحريات وممارستها ويستبعد التعارض بين الحرية والنظام العام خيث تكون "السلطة التنظيمية في خدمة دولة القانون"[62].

---

(58) هذا على أنه يجذر عدم الخلط بين الشرطة الادارية التي تمارس السلطة التنظيمية ويخضع أعوانها الى التسلسل الاداري وهي وقائية، والشرطة القضائية وهي زجرية تقمع الاخلال بالنظام العام وتنتمي إلى المرفق القضائي.

(59) Burdeau (Georges). Les libertés publiques, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1972 : p 36.

(60) في حين ينص الفصل 61 من الدستور المغربي لـ 7 اكتوبر 1996 على أن "تعمل الحكومة على تنفيذ القوانين تحت مسؤولية الوزير الاول والادارة موضوعة رهن تصرفها" والفصل 63 ينص على أن "يمارس الوزير الاول السلطة التنظيمية (.....)" فإن الفصل 47 ينص على أن "المواد الاخرى التي لا يشملها اختصاص القانون يختص بها المجال التنظيمي"

(61) Burdeau (Georges) ,Les libertés publiques, op. cit : p 32-33.

(62) Madiot (Yves), Droits de l'homme. Masson, Paris, Milan, Barcelone Bonn, 1991 : p. 118.

إن هذا يعني أن تأطير دور السلطة التنفيذية باعتبارات النظام العام لا يعني تغييب مجال الحرية في الحالات العادية، ويصب في اتجاه الاقرار بأنها سلطة تابعة أولاً، تستمد أساسها من النصوص الدستورية، من القانون التشريعي، ومن المعاهدات الخاصة بحقوق الانسان؛ كما أنها سلطة مراقبة ثانيا من ظرف القضاء الشيء الذي دفع البعض إلى اعتبارها اكثر حامية للحرية من السلطة التشريعية في الحالة التي لا تخضع فيها هذه الاخيرة للمراقبة القضائية(63). غير أن رأيا كهذا يتراجع أمام حالات تقدم مراقبة دستورية القوانين(64). إن هذه القيود المفروضة على السلطة التنفيذية أو الادارة عند ممارسة مهامها تتدعم بكونها لا يمكنها اتخاذ المبادرة بإلغاء الحرية أو بوضع قيود على ممارستها تكون نتيجتها الملموسة والعملية هي إلغاء ممارسة الحرية. أما إذا تدخلت السلطة التنفيذية أو الادارة في اطار النصوص التشريعية لتنظيم ممارسة الحرية فإن التوفيق بين متطلبات المحافظة على النظام العام وضرورة ممارسة الحرية يقضي بألا يتمثل هاجسها الاساسي في ا لمحافظة على النظام العام بل في السماح بممارسة الحرية دون الإخلال بالنظام العام، هذا على أن تأخذ في عين الاعتبار العناصر التالية : المصلحة العامة التي تتنافى وكل محاولة استغلال النفوذ أو تجاوز القوانين، احترام المساواة بين المرؤوسين، ملاءمة الاجراء مع الهدف المتوخى منه(65).

غير أن ضرورة التوفيق بين متطلبات المحافظة على النظام العام وضرورة ممارسة الحرية تختفي في الحالات الاستثنائية او بالاحرى في حالات الازمات، التي تستمد أساسها إما من نصوص تشريعية وإما نصوص دستورية، حيث يهيمن هاجس المحافظة على ا لنظام العام. هنا يتعلق الامر أولاً بحالة الاستثناء التي نظمتها عدة دساتير نذكر من بينها الدستور الفرنسي في مادته 16 والدستور المغربي بتاريخ 7 اكتوبر 1996

(63) Rivero (Jean) Les libertés publiques, Tome 1, Les droits de l'homme, op. cit : p. 190.

(64) انظر نفس المرجع، ص : 191.

(65) Morange (Jean). Droits de l'homme et libertés publiques, Puf. Paris, 1989 : p 83.

في الفصل 35 منه. هذا الاخير ينص على انه "إذا كانت حوزة التراب الوطني مهددة او وقع من الأحداث ما من شأنه أن يمس بسير المؤسسات الدستورية، يمكن للملك أن يعلن حالة الاستثناء بظهير شريف بعد استشارة رئيس مجلس النواب ورئيس مجلس المستشارين ورئيس المجلس الدستوري وتوجيه خطاب إلى الامة ؛ ويخول بذلك، على الرغم من جميع النصوص المخالفة صلاحية اتخاذ جميع الاجراءات التي يفرضها الدفاع عن حوزة الوطن ويقتضيها رجوع المؤسسات الدستورية إلى سيرها العادي أو يتطلبها تسيير شؤون الدولة. لا يترتب على حالة الاستثناء حل البرلمان. ترفع حالة الاستثناء باتخاذ الاجراءات الشكلية المقررة لاعلانها"(66). أما حالة الحصار التي ينص عليها الفصل 49 من الدستور المغربي فيمكن للملك اعلانها "لمدة ثلاثين يوما بمقتضى ظهير شريف، ولا يمكن تمديد أجل الثلاثين يوماً إلا بالقانون". أما في فرنسا فهي تذكر بقانون 9 غشت 1849 وقانون 3 أبريل 1878، وقد نظمت المادة 36 من الدستور شروط إعلانها واقامتها، في كل او جزء من التراب الوطني، هذا الاعلان الذي يتم بواسطة قرار متخذ في مجلس الوزراى ويتطلب تدخل البرلمان لتمديدها في حالة مرور اثنى عشر يوماً على إعلانها. وعلى العموم يترتب على حالة الحصار : حلول المحاكم العسكرية محل السلطة المدنية وتخويل السلطات العسكرية صلاحيات واسعة للتفتيش ولتقليص ممارسة الحريات بحيث لاتستبعد امكانية ابعاد الاشخاص الذين يشكلون خطرا ومنع المنشورات وتخويل المجالس العسكرية صلاحية محاكمة المدنيين(67). وتنص القوانين التشريعية لبعض الدول على حالة الطوارئ التي تخول السلطات المدنية وظيفة المحافظة على الأمن ويترتب عليها تقليص الحريات كحرية التجول، والإقامة الاجبارية ومنع التجمعات. هذه الحالة التي لم تنص عليها القوانين المغربية سواء أكانت من طبيعة دستورية أم تشريعية.

(66) إنه الفصل الذي تضمنته كل الدساتير السابقة ما عدا الفقرة التي تقضي منذ تعديل 1992 "لا يترتب على حالة الاستثناء حل البرلمان".

(67) Robert (Jaques) Duffar (Jean). Libertés publiques et droits de l'homme, Montchrestien, : p 104.

III – السلطة التنفيذية "حارس نبيل للحريات العامة"[68] ؟

إنه اعتبار يسير على النقيض من الفكرة التي كانت ولا تزال واردة، وتقضي "بأن روح القانون تكمن في أنه لصالح الحرية في حين أن روح المرسوم تكمن في أنه لصالح السلطة"[69]، أو تلك التي تفيد "بأن السلطة التنفيذية لا يمكن أن تكون هيئة لخلق حقوق الانسان ولا أيضا هيئة لحمايتها"[70]، ذلك أن الابعاد التي يكتسيها دور السلطة التنفيذية سواء في الحالات العادية أم الاستثنائية يبرر الحذر منها ويكرس تبعاً لهذا الثقة في المشرع لتأكيدها وفي القضاء لحمايتها. بيد أن البعض، يرى بأن دورها قد يكتسي أبعاداً أخرى تؤهلها لأن تكون حارساً نبيلا للحريات. يتعلق الأمر هنا إما بتصريحات القائمين بالسلطة التنفيذية أو بانجازات تندرج في إطار دعم حقوق الانسان.

إن تصريحات رؤساء السلطة التنفيذية تذكر بتلك التي تم التعبير عنها في فرنسا منذ أن بدأت فرضية التساكن بين رئيس دولة ورئيس حكومة لا ينتميان الى نفس الحزب تلوح في الافق. ففي 1977/1/7 صرح الرئيس الفرنسي جيسكار ديستان بأنه سيكون حامي الحريات في حالة فوز أغلبية تنتمي إلى اليسار في انتخابات مارس 1978. وعندما تحققت هذه الفرضية في عهد الرئيس فرانسواميتران فإن هذا الاخير خول نفسه في خطاب موجه الى البرلمان في 1986/4/9 مهمة السهر علي حماية الحريات والحقوق كما تم تحديدها في إعلان سنة 1789 وفي مقدمة دستور 1946، وهذا في حالة إذا ما أرادت اليمينية الجديدة المساس بها. كما صرح في نهاية 1992 إرادة الدفاع عن المكتسبات الاجتماعية. ومع ذلك

(68) إنها إحالة وإرادة في كتاب مؤلف : Turpin (Dominique), Les libertés publiques, Dunod, Paris 1993 : p 52

(69) إنها ملاحظة الفقيه الفرنسي هوريو وهي واردة في مؤلف :
Madiot (Yves), Droits de l'homme, op. cit : p 119

(70) انظر نفس المرجع، ص : 118

فالتساؤل ينصب حول مدى السلطات التي يملكها دستوريا وتؤهله للقيام بهذا الدور[71].

ويتجاوز الأمر التصريحات الى الانجازات. ويتعلق الأمر إما بخلق مؤسسات حكومية أو مصالح حكومية خاصة بالحريات العامة وحقوق الانسان. ففي فرنسا يتعلق الأمر باللجنة الوطنية الاستشارية لحقوق الانسان التي تم تنظيمها بواسطة مرسوم 1986[72]، تتكون من اربعين عضوا يتجدد تعيينهم كل سنتين، يمثلون الجمعيات الكبرى والوزراء المعنيون والبرلمان وشخصيات ذات كفاءة. وقد ألحقت آنذاك بكتابة الدولة المكلفة بحقوق الانسان، ولاول مرة لا تقتصر اختصاصاتها على حقوق الانسان في العالم لتمتد إلى فرنسا ولكن هنا فقط يتم عقدها بمبادرة من الحكومة.

وفي المغرب، فقد تم خلق المجلس الاستشاري لحقوق الانسان بظهير في 20 ابريل 1990. وقد اعلن الملك بانه سيكون "تحت إمرتنا" ويرأسه "الرئيس الاول للمجلس الاعلى الذي هو أعلى هيئة قضائية بالمغرب"، ويضم "ممثلين للأحزاب السياسية والنقابات والهيئات التي تعنى بحقوق الانسان على اختلاف انواعها كما سيضم شخصيات تتمتع بكفاءة خاصة في هذا المجال"، وبالنسبة لمسطرة عمله "فسيكون لجلالتنا الشريفة في المقام الاعلى ان نطلب منه دراسة اي قضية عامة أو خاصة نريد ان نستنير برأيه فيما تتطلبه من حلول، كما سيكون في وسع المجلس أن يقرر بأغلبية ثلث أعضائه للتصدي تلقائيا لذى قضية يريد أن يلفت اليها سامي نظر جلالتنا الشريف"[73]. أما سنة 1993 فقد عرفت انشاء وزارة خاصة بحقوق الانسان في حكومة 11 نوفمبر.

(71) Turpin (Dominique), Les libertés publiques, op. cit : p : 152-153.

(72) إنها حلت محل اللجنة الاستشارية لتدوين القانون الدولي وحماية حقوق وواجبات الدول وحقوق الانسان والتي تم انشاؤها سنة 1947، وبعد ذلك محل اللجنة الاستشارية لحقوق الانسان التي انشئت لدى وزير العلاقات الخارجية سنة 1984.

(73) الجريدة الرسمية، عدد 4044، 2 ماي 1990. وبخصوص بقية الوثائق والقانون الداخلي ==

وإذا كنا نقتصر على أمثلة كهاته سواء في فرنسا او في المغرب فإلى اي حد تراجع بفعل هذه الاجراءات اعتبار ان حماية حقوق الانسان ليست من "طبيعة السلطة التنفيذية" التي بانغمارها في العمل اليومي تكون معرضة بسهولة لتجاوز القانون(74)؟ إن ممارسة كالتي تذكر بدورية وزير الداخلية المغربي بتاريخ 23 فبراير 1999 المتعلقة بالاجراءات اللازم اتباعها لعقد التجمعات العمومية من طرف الاحزاب والجمعيات بالبنايات العمومية والتي يهيمن عليها هاجس تحويل نظام التصريح المسبق في هذا المجال الى نظام الترخيص تتضمن اجابة عن هذا السؤال. هذا على أن مواجهتها لم تتم فقط انطلاقا من جانبها الشكلي المتمثل في أن "وزير الداخلية يعتدي على اختصاصات الوزير الاول!" المنظمة والمحددة بمقتضى الدستور(75) بل من حيث المضمون باعتبارها "خرق سافر للدستور وقانون الحريات العامة وحظر عملي لحرية التجمع"(76) وكذا لمقتضيات المواثيق الدولية لحقوق الانسان والتي صادق عليها المغرب.

= للمجلس انظر : المملكة المغربية، المجلس الاستشاري لحقوق الانسان، 1997. حول الاعتبارات الخارجية لإنشاء هذا المجلس انظر اطروحة :
Karem (Mohamed), La notion des droits de l'homme au Maghreb. op. cit : p 426 et S.

(74) Madiot (Yves), Droit de l'hommes, op. cit : p 118.

(75) بنعمرو (عبد الرحمان) "وزير الداخلية يعتدي على اختصات الوزير الاول!"، النشرة (184)، 21-27 يونيه 1999 : ص 6.
الساسي (محمد)، "لا صوت يعلو على صوت وزير الداخلية ! هل ينطق باسم ادريس البصري أم باسم الدولة؟!" النشرة (184)، 21-27 يونيه 1999 : ص 6.

(76) محمد (علي) "دورية وزير الداخلية لمنع التجمعات في البنايات العمومية، الطريق، (299) 1999/13/20 : ص 3.

القسم الثالث

تنظيم ممارسة الحرية ومتطلبات النظام العام

يطرح تنظيم ممارسة الحرية - الذي يأتي بعد الاعتراف بها - سواء من طرف السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية إشكالات تثور حول الكيفية التي يتم بواسطتها تحقيق التوازن بين التأطير القانوني لممارسة الحرية ومتطلبات المحافظة على النظام العام، خصوصاً وأننا نعلم بأن الوجه الآخر لتنظيم ممارسة الحرية يتمثل في مراقبتها، هل هذه المراقبة سابقة أم لاحقة على ممارسة الحرية؟ هل تتم من طرف الادارة أم من طرف القضاء؟ إن تلك الاشكالات تفسر نزوع البعض الى طرح "صعوبة وضع حقوق الانسان والنظام وجها لوجه"[1] وتشبث البعض الآخر "بالمفهوم الديموقراطي للنظام العام"[2] كحل لتجاوز الاشكالات، وذلك انطلاقا من اعتباره أداة للحريات. ذلك أن الحرية إذا كانت لا تتعارض مع التقنين والتنظيم، فهذا لا يعني تصور النظام العام "كمقبرة للحريات"[3] بل أن يكون هاجس الحرية من مكونات هذا النظام. فإذا كان من المتطلب تصور الحريات وفقاً لمتطلبات النظام العام، فإن النظام العام بدوره يجب أن يفهم من خلال الحريات التي يضمن ممارستها. وعلى هذا، فالنظام الزجري الذي يقوم مبدئيا على ترجيح الحرية الفردية باعطاء الفرد المبادرة لممارستها على أساس المراقبة القضائية اللاحقة في حالة التجاوزات هو الذي يحقق مبدئيا التوازن بين الحرية

---

(1) Madiot (Yves), Droits de l'homme. op. cit : p 165.

(2) Burdeau (Gorges), les libertés publiques, op. cit : p. 32.

(3) انظر نفس المرجع : ص 33.

والنظام؛ هذا التوازن قد يصبح عرضة للخلل في نظام التصريح المسبق الذي تم تحديد البعض له كنظام الحرية المراقَبَة(4)، في حين تحتل المحافظة على النظام العام موقعاً أساسيا في النظام الوقائي حيث يقوم على أولوية المراقبة الادارية التي تكون سابقة على ممارسة الحرية. وإذا كان نظام الحريات في الدولة المعينة يخضع للتوفيق بين هذه الانظمة فإن أسلوب وتقنيات تنظيم كل منها هي التي تحدد الطبيعة الفعلية للنظام المهيمن. هذا على أن الاختيار بين هذه الأنظمة وطبيعة التوفيق بينها يعتبر انعكاساً للعلاقات بين الحاكمين والمحكومين حيث مراقبة الادارة تهيمن عليها اعتبارات مصلحة الدولة، أما المراقبة القضائية فهي تعكس الالتقاء والتقاطع بين مصلحة الحاكمين والمحكومين.

بناء على ما تقدم سنتناول في هذا القسم الفصول الآتية :

الفصل الأول : النظام الزجري

الفصل الثاني : النظام الوقائي

الفصل الثالث : نظام التصريح المسبق

Madiot (Yves), Droits de l homme, op. cit : p 169 (4)

الفصل الأول
النظام الزجري

إنه النظام المتحرر من الضغوطات الادارية، يتمثل في حرية المبادرة الفردية لممارسة الحرية، وهذا ما يتجلى من خلال العناصر التي تميزه :

□ الحرية هي القاعدة والتحديد هو الاستثناء وكل ما لا يمنعه القانون الجنائي يعد مباحاً؛

□ إن الاجهزة التي يعتمد عليها هي : الجهاز التشريعي الذي يتدخل لتحديد الجنح والعقوبات والجهاز القضائي الذي ينظر في المخالفات بشأنها، وهذا ما يفيد باستبعاد السلطة التنفيذية، العدو التقليدي للحريات؛

□ ترجيح مبادرة الفرد وصلاحية المواطن الذي يمارس الحريات دون الخضوع الى شكليات معينة، بحيث يُشكل هذا النظام سداً منيعا أمام السلطة التقديرية للادارة.

كل هذه العناصر تصب في اتجاه نظام الحق وتجعل النظام الزجري يبدو لاول وهلة بمثابة النظام الذي يحقق الأمن القانوني للمواطن والاكثر انسجاما مع الواقع فضلا عن إمكانية تكييفه مع المستجدات. بيد أنه قد ينطوي على ثغرات من الممكن أن تجرده من الخصائص التي تجعله نظاما زجرياً.

فالنظام الذي يتطلب وعي المواطن بكل المقتضيات القانونية، بحقوقه وواجباته، يعني أن جهله بها لا يجعله بمنأى عن العواقب المترتبة عن الاخلال بها، وهذا ما يصبح متعذراً لا فقط في حالة تعدد التقنيات القانونية بل في حالة تفشي الأمية أو عدم الوعي بأبسط المبادئ القانونية.

إن نظاما يقوم على إعطاء السلطة التشريعية الصلاحية في تحديد الجنح والمخالفات وكذا العقوبات قد يصبح عرضة للخلل في الحالات التي تتعايش فيها السلطة التشريعية مع هيمنة السلطة التنفيذية حيث صلاحياتها في التشريع تتجاوز هيمنتها على المسطرة التشريعية. هنا نكون امام حالات كتفويض التشريع مثلا الأمر الذي يلتقي مع اعتبار الحكومة المشرع العادي والبرلمان المشرع الاستثنائي، او الإقرار "بالتشريع البرلماني" من جهة و "التشريع الحكومي" من جهة أخرى(5). ناهيك عن أن الحالات الاستثنائية تشكل في أساسها إهدارا للحريات العامة. وبصرف النظر عن هذه الحالات، فقد تشكل السلطة التشريعية - بفعل الطريقة التي يتجسد بها دورها - محاصرة للحرية وتتحول الى أداة خانقة لها وهذا ما يثير حالات تَعَدُّد الجنح المنصوص عليها إزاء ممارسة حرية ما ناهيك عن الحالات التي يكون فيها حصر الجنح مشوباً بالغموض بحيث تخضع في تعيين مواصفاتها الى القاضي.

إن نظاما يقوم على تحقيق أمن المواطن بواسطة القضاء أو بعبارة اخرى على حماية المواطن بتخويل المراقبة اللاحقة للسلطة القضائية يفترض تحقيق شروط على رأسها المحاكمة العادلة، هاته التي ترتبط - إضافة إلى ما سبق - بالضمانات القضائية في كل مراحل المسطرة القضائية انطلاقاً من البحث والتحري الى التنفيذ، وتتنافى مع المحاكم الاستثنائية لترجح المحاكم العادية. كما ان الحماية ترتبط بطبيعة الجزاء الذي يفترض فيه ان يتجه إلى معالجة مصادر واسباب المخالفة كجدوى الغرامة المالية بالنسبة للمنحرفين الذين لا مورد لهم، والتي تبقى في حالة كهاته، دون فعالية(6). وجدير بالذكر أن أمن المواطن يبقى في كل الحالات عرضة للخلل خصوصا في الحالات التي تكون فيها الجنح مشوبة بالغموض وتخضع في تعيين مواصفاتها الى تأويل القاضي كما

Burdeau (Georges), Les libertés publiques, op. cit ; p 68-72. (5)

Rivero (Jean) ,Les libertés publiques Tome 1 les droits de l homme : op. cit p 214. (6)

سبق أن ذكرنا. هنا تتضح أبعاد وحدود ممارسة حرية تندرج في اطار النظام الزجري كحرية الصحافة التي نظمها القانون الفرنسي لـ 29 يوليوز 1881. فبالنسبة للجنحة المتعلقة "بنشر الأخبار الكاذبة... عن سوء نية... وكفيلة بأن تهدد الأمن العام" فإننا نعرف بأن الخبر الكاذب يخضع في تحديده لتقييم موضوعي الأمر الذي لا ينطبق - او ينطبق بصعوبة جمة - على سوء النية التي تخضع في تحديد مواصفاتها لعناصر ذاتية اكثر منها موضوعية وتخضع للسلطة التقديرية للقاضي؛ هاته التي يمكن أن تختلف من قاضي إلى آخر. إن هذه السلطة التقديرية هي التي تحتل موقعا أساسيا في النظام الوقائي، ولكنها هنا تكون إدارية. يضاف إلى هذا أن المجال يبقى مفتوحا دائما للادارة حتى تتدخل في جميع الحالات بناء على متطلبات المحافظة على النظام العام، هذه المحافظة التي نلمسها بوضوح في العهدين الدوليين لسنة 1966 وكذا في اتفاقيات اقليمية كالاتفاقية الاوروبية لحماية حقوق الانسان والحريات الأساسية لسنة 1950. بهذا التدخل قد تعمل على تحويل النظام الزجري عن معناه الحقيقي وتجريده من خصائصه الاساسية(7)، هنا ندرك لماذا دأب البعض على وصف النظام الزجري بنظام الحرية المحدودة(8).

Madiot (Yves), Droits de l'homme. op. cit : 166. (7)

انظر على سبيل المثال القرار الصادر عن الغرفة الادارية عدد 255 بتاريخ 1963/1/14 في الملف الاداري عدد 9121، شركة الفروسية والمسابقات المغربية "جمعية" ضد وزير الفلاحة، وهو يعد معبرا عن الابعاد التي يتخذها تدخل الادارة الذي بلغ حد حل جمعية، مع ان الحل قبل 1973 كان فقط من اختصاص السلطة القضائية: "ان حل جمعية ينظمها ظهير 1958/11/15 لا يمكن التصريح به خارج الشروط والشكليات المنصوص عليها في أنظمتها الاساسية إلا من طرف السلطة القضائية ولسبب من الاسباب المحددة في الفصل الثالث من نفس الظهير؛ وليس هناك اي نص تشريعي يمنح لوزير الفلاحة أو لأي سلطة ادارية أخرى صلاحية الامر بحل شركة فروسية؛ باعتبارها جمعية خاضعة لنظام نفس الظهير (...). وعليه يكون وزير الفلاحة قد تعدى على الصلاحيات المحفوظة للمحاكم "لما أمر بحل جمعية الفروسية. وبالنظر الى خطورة مثل هذا المساس باختصاص السلطة القضائية: فإنه يجب اعتبار القرار المطعون فيه باطلا وكأنه لم يكن" قرار مأخوذ عن دراسة الاستاذ حسن سيمو، "القاضي الاداري والحريات العامة" في، 1958-1999 أربعون سنة من الحريات العامة بالمغرب، منشورات المجلة المغربية للادارة المحلية والتنمية، الرباط 1999، ص 61-62.

Madiot (Yves), Droits de l'homme, op. cit : p. 166. (8)

الفصل الثاني
النظام الوقائي

إنه نظام يتنافى وممارسة الحرية التي تتوقف ممارستها على الموافقة المسبقة للسلطة(9)، وهذا ما يتعارض مع حرية المبادرة الفردية حيث يتمثل الهدف لا في معاقبة التجاوزات المترتبة على ممارسة حرية ما بل في اتخاذ التدابير من أجل منع وقوعها ؛ فالحرية تُعدّ بمثابة مشروع(10) يطرح على الفرد أن يختار إما بين الامتناع وإما بين طلب الاذن. إن الخصائص التي تميزه تتمثل في كون الهيئة التي يعتمد عليها هي السلطة التنفيذية، أي الهيئة التي تثير الحذر في شأن ممارسة الحريات، بحيث يهيمن عليها هاجس المحافظة على النظام العام. كما أن ضرورة التدخل المسبق للإدارة تشكل إهداراً للمبدأ الاساسي الذي يقضي بأن كل ماهو غير ممنوع من طرف القانون الجنائي مباح، هذا فضلاً عن أن الادارة تتخذ قراراتها في مجال كهذا لابناء على تطبيق قاعدة عامة ولكن بناءً على تخمينات وتقديرات - حسب كل حالة خاصة - مما يشكل إخلالاً بمبدأ المساواة أمام القانون. بهذا يتضمن النظام الوقائي مخاطر الانحراف عن نظام الحق.

(9) Madiot (Yves). Droits de l'homme, op. cit : p. 166.
بالنسبة للمؤلف فهو لا يحدد هذه السلطة فقط في الادارية فقد تكون تشريعية أو قضائية او سلطة مستقلة.

(10) انظر نفس المرجع نفس الصفحة.

وبالرغم مما تقدم فتعارض النظام الوقائي مع الحرية ليس دائما وحتميا. فإذا كانت تقنيات النظام الزجري يمكن تنال من طبيعته الليبرالية فإن الطبيعة الديكتاتورية للنظام الوقائي تتراجع حسب التقنيات المنظمة له، والتي تعد معبرة عن المساحة التي تحتلها السلطة التقديرية للادارة. فعندما يكون الاذن الاداري مقيدا بمجموعة من الشروط القانونية المحددة بصفة موضوعية، فإن هامش السلطة التقديرية للادارة يتقلص ليفسح المجال أمام المواطن للتمسك بالحق في الاذن كما هو الشأن في رخصة السياقة التي يتوقف منحها على نتائج الاختبار. وبناء عليه يكون أمام الادارة إما اعطاء الاذن وإما الرفض. أما في الحالة التي يكون فيها الاذن متحرراً من كل شرط قانوني فإن تخويله يكون وفقاً لمعطيات تقديرية.

أما بالنسبة للمنع، منع ممارسة حرية ما بنص قانوني، فإنه يندرج في إطار حرية معترف بها من طرف القوانين الدستورية، او منظمة من طرف القوانين التشريعية وتندرج في إطار النظام القمعي(11). وتتمثل ابعاد الرفض الاداري او المنع في أنه قد يشكل شططاً في استعمال السلطة(12). وفي حالات اللجوء إلى القضاء فان الحكم ضد السلطة الادارية تكون له قيمة رمزية اكثر منها فعلية؛ فما جدوى الغاء منع تظاهرة علمية بعد مرور شهر او ثلاثة سنوات عن تاريخها بالنسبة للمعني بالأمر(13)؟

(11) انظر الصفحة 107 من هذا الكتاب والهامش 7 وكذلك الهامش الموالي.

(12) في قرار الغرفة الادارية عدد 293 بتاريخ 1991/12/26 في الملف الاداري عدد 90/211 نقرأ مايلي : "لما كانت حرية التجول مكفولة بمقتضى الدستور فلا يمكن أن يوضع لها حد الا بمقتضى القانون "اي بنص خاص" ولما كان الحصول على بطاقة جواز السفر حقاً مكفولا "لكل مواطن فلا يمكن ان يحرم منه الا بنص خاص. ولهذا فالعامل عندما رفض طلب الطاعن للحصول على جواز السفر بالرغم من عدم وجود نص قانوني يسمح له بذلك وأيده وزير الداخلية في هذا الرفض بمقتضى قراره الضمني المطعون فيه كان قراره هذا مخالفاً للقانون ومتسماً بالشطط في استعمال السلطة".

(13) Rivero (Jean), Les libertés publiques Tome 1 les droits de l'homme, op. cit : p 229.

هذا على أن النظام الوقائي قد يعتبر في بعض المجالات بمثابة ضرورة اجتماعية خصوصا بالنسبة للحالات التي قد تستدعي تحديد حرية بعض الافراد بدافع مصلحة الجماعة(14). من هنا فإن فعاليته لا تناقش خصوصا بالنسبة للحريات التي قد تستدرج ممارستها أضراراً لا يمكن إصلاحها او تداركها كما لا يرد في إطاره - أي النظام الوقائي - مجال الحقوق مكتسبة(15). يندرج في هذا السياق الاضرار الناجمة عن القضاء على المجالات الخضراء من طرف المالك أو عن تعفن دورة مائية او عن استهلاك منتوجات طبية سامة.

(14) Madiot (Yves), Droits de l'homme. op. cit : p 171

(15) Rivero (Jean) Les libertés publiques Tome 1 Les droits de l homme op. cit : p 224.

الفصل الثالث

نظام التصريح المسبق

إن اعتبار خضوع ممارسة الحرية في هذا النظام لشرط شكلي يقصد به الاخبار والعلانية، ذلك الشرط الذي يتمثل في أن يُحيط الفرد السلطة (القضائية او الادارية) علماً بالحرية او بالفعل الذي ينوي القيام به، يقابله تردد سواء في وصف هذا النظام أم في الخانة المصنف فيها. فإذا كان هناك من يصنفه في خانة مستقلة باعتباره حلا وسطا بين النظام الوقائي والنظام الزجري(16) فإن هناك من يصنفه في اطار النظام الوقائي(17) باعتباره شكلا من الاشكال التي يتخذها، هذا على أن هناك من يصنفه بعد النظام الزجري، باعتباره نظام الحرية المراقبة(18) في حين صنفه البعض في إطار الانظمة الوسيطة المتمثلة في المنع والتصريح المسبق(19).

كل هذا يحذو بنا إلى مناقشته كنظام قد يعتبر البعض الحرية فيه هي الأساس، لأن القيود التي قد تعتري ممارستها تحتمل درجات متعددة قد تصل إلى نفي ممارسة الحرية المعينة باختراق حدود التصريح المسبق إلى الإذن المسبق. بالفعل إن التعريف المجرد له يجعلنا نعتبر أن السلطة هنا، على خلاف النظام الوقائي، لها دور سلبي بحيث إنها لا تشكل حاجزاً أمام ممارسة الحرية. إنها تكتفي بتسجيل التصريح وإعطاء توصيل يثبت بأن المعني بالأمر في وضع قانوني. هذا على أن نظام التصريح المسبق

(16) انظر نفس المرجع ص 209 و230-233.

(17) Robert (Jeacques), libertés publiques et droits de l'homme, op. cit : p. 9-6 et 97-100.

(18) Madiot (Yves), Droit de l'homme, op. cit : p 169-138.

(19) Leclercq (Claude), Libertés publiques, op. cit : p 136-138.

بالرغم من أنه متميز عن النظامين السالفي الذكر، فمن الممكن أن يفسح المجال إما للنظام الوقائي، حيث إن الإخبار يمكن السلطة من اتخاذ التدابير الوقائية لمواجهة الاضطرابات المحتملة، وإما للنظام القمعي، في الحالة التي يحال فيها التصريح الى القضاء سواء من طرف الفرد أو الادارة بحيث تمكنه في حالة مخالفة ما تحديد المسؤولين جنائيا بسهولة، الأمر الذي يصعب في الانظمة الاخرى.

إن تقنيات نظام التصريح المسبق قد تتفاوت من حرية الى اخرى. إنه يقترب من النظام الزجري ليختلط به عندما لا يكون التصريح ضروريا لممارسة حرية ما، كما هو الشأن في تأسيس الجمعيات، كما ينص على ذلك القانون الفرنسي لسنة 1901 وظهير الحريات العامة في المغرب لسنة 1958 قبل تعديله سنة 1973. ذلك أن النتيجة النتيجة المترتبة على غياب التصريح تتمثل فقط في عدم تمتع هذه الجمعيات بالشخصية المعنوية والأهلية القانونية. إن هذا التصريح قد تزداد أهميته عندما يصبح شرطا لاعطاء الشرعية لممارسة حرية ما. فتعديل سنة 1973 قَيَّدَ تأسيس الجمعيات بشرط التصريح المسبق بعد ان كان هذا الشرط مقتصراً على الجمعيات الأجنبية. إن الفصل الخامس من ظهير 10 ابريل 1973 الذي ينص على انه : "يجب أن تقدم كل جمعية سابق تصريح الى مقر السلطة الادارية المحلية (القائد او الباشا)، وإلى وكيل جلالة الملك لدى المحكمة بالدائرة القضائية ويتضمن ايضا هذا التصريح ما يلي (...)". أما الفصل الثالث من ظهير 1958 المتعلق بالتجمعات العمومية فهو ينص على أنه "يكون كل اجتماع عمومي مسبوقاً بتصريح يبين فيه اليوم والساعة والمكان الذي ينعقد فيه الاجتماع، ويوضح في التصريح موضوع الاجتماع ويوقع عليه شخصان يقطنان في البلدة التي ينعقد فيها، ويتضمن إسمى الموقعين وصفاتهما وعنوانيهما (...) ويجب الا ينعقد الاجتماع الا بعد مرور اجل لا يقل عن اربع وعشرين ساعة من تاريخ تسلم الوصل، أو 48 ساعة من تاريخ توجيه الرسالة المضمونة". إن ضرورة انصرام أجل معين لممارسة حرية ما بصفة مشروعة هو الذي نجده

في القوانين كالقانون الفرنسي الذي يربط الاضراب في قطاع الوظيفة العمومية بإخطار سابق على ممارسته بخمسة أيام.

وقد يصبح الاساس الذي تقوم عليه ممارسة بعض الحريات هشاً عندما يصبح التصريح المسبق وكأنه إذن مسبق ليندرج في النظام الوقائي كما هو الامر مثلا في المظاهرات بالطرق العمومية الذي نظمه الظهير المتعلق بالتجمعات العمومية، فبعد أن اخضع جميع المظاهرات بالطرق العمومية لتصريح مسبق واخضعها لشروط معينة (الفصل 12) نص على أنه "إذا ارتأت السلطة الادارية المحلية أن من شأن المظاهرة المزمع القيام بها الاخلال بالامن العام فإنها تمنعها بتبليغ ذلك الى الموقعين على التصريح بمحل سكناهم المختار".

إن هذه الابعاد التي يمكن أن يتخذها رد فعل الادارة إزاء ممارسة حرية ما قد تتدعم أحيانا بنزوعها إلى اختراق الحدود المسطرة في القوانين حيث يصبح لها موقفاً سلبيا إزاء ممارسة حرية تخضع لنظام التصريح المسبق. هذا ما يتجلى لا فقط من خلال تأويل واسع وفضفاض لمفهوم النظام العام، ولكن بتحويل نظام التصريح المسبق إلى إذن مسبق يجد تجلياته في رفض تسليم التوصيل مثلاً[20]. كل هذا يفسح المجال للجوء إلى القضاء حيث لا نكون هنا امام تطبيق قاعدة الملاءمة ؛ ملاءمة الاجراء مع الهدف المتوخى منه، وإنما أمام الشطط في استعمال السلطة.

(20) انظر الابعاد التي اتخذها رد فعل الادارة إزاء تأسيس جمعية "أصدقاء قضية الشعب" من طرف سيمون دي بوفوار سنة 1970 وموقف القضاء بشأنها في Robert (Jacques), Libertés publiques et droits de l'homme. op. cit : p 98-99.

القسم الرابع

حماية الحريات العامة

إن إقرار الحريات العامة وتنظيمها يبقى عديم الدلالة في غياب نظام جزاء يهدف إلى ضمان احترامها . إن أهميته تكمن في أن الحريات المعترف بها وكذا المعلن عنها عندما تفتقد إلى الوسائل الكفيلة بضمانها فإنها تندرج في إطار فلسفة القانون[1] . هذا على أن الضمانات بشأنها يجب أن تكون عملية توفر لها السرعة والفعالية . ويتخذ الجزاء أشكالاً متعددة تختلف حسب القاعدة المنتهكة وكذا القائم بخرقها . هنا نتساءل أولاً ، فيما إذا كان الأمر يتعلق بخرق الدستور من طرف المشرع ام بخرق الدستور والقانون والمرسوم من طرف السلطة التنفيذية والادارة ام من طرف الخواص؛ إننا نكون في الحالة الاولى أمام خرق حريات من طبيعة دستورية، ونكون في الحالة الثانية أمام خرق الحريات العامة كيفما كانت طبيعة القاعدة القانونية التي تنظمها . إننا نتساءل، ثانيا، عن طبيعة الضمانات بشأنها . إنها، أي الضمانات، وإن كانت بالأساس قضائية فإنها لا تستبعد أخرى غير قضائية . وترتبط بهذه التساؤلات التي تثيرها حماية الحريات العامة إشكالات معقدة يأتي على رأسها تحديد الدولة بواسطة الحق[2]، ولا تستبعد اخرى ترتبط بدور السلطة القضائية في حد ذاتها .

بناء على ما تقدم سنتناول في هذا القسم الفصول الآتية :

الفصل الأول : الاشكالات المطروحة

الفصل الثاني : الضمانات القضائية

الفصل الثالث : الضمانات غير القضائية

Morange (Jean), Droits de l'homme et libertés publiques . op. cit.: p 165. (1)

(2) انظر نفس المرجع ونفس الصفحة .

الفصل الأول
الاشكالات المطروحة

منها ما يطرح قضايا تتعلق بتحديد الدولة (I) ومنها ما يثير قضايا تتعلق بضرورة مراقبة السلطة القضائية في حد ذاتها (II)

I – تحديد الدولة بواسطة الحق (3)

يمكن القول بأن حماية الحريات العامة تطرح إشكالات معقدة منها ما يفيد بأن أجهزة الدولة في الوقت الذي تتولى وضع النظام الأساسي للحريات العامة وتنظيم ممارستها وكذا تحديد الاجراءات الكفيلة بحمايتها، فإنها يمكن أن تشكل خطرا على الحريات العامة لتنتصب كعدو إزاءها. هنا تطرح ضرورة حماية الحرية من تعسف السلطة ومن ثم مسألة تحديد الدولة بواسطة القانون، وخضوع الدولة إلى الحق. اننا نبتعد هنا عن تحديد قوة الدولة بواسطة وسائل أو اعتبارات القواعد الاخلاقية او القانون الطبيعي. كما نبتعد عن تحديد الدولة بواسطة الحقوق الفردية وكذا عن نظرية التحديد الذاتي للدولة أو تحديدها بواسطة حق يسمو عليها. إن مسألة خضوع الحاكمين للقاعدة الحقوقية تظل مطروحة مادامت الدولة والحق يتموقعان كوحدتين كلاهما غريبة عن الأخرى (4).

(3) Burdeau (Gorges). Les libertés publiques, op. cit : p. 32.

(4) انظر نفس المرجع : 65.

إن تحديد الدولة بواسطة الحق، حسب جورج بيردو، يأتي من أن "الدولة شكل السلطة السياسية"، وحتى يكون ناجعاً فيجب أن يكون ناتجاً عن طبيعة السلطة السياسية. أما خضوع الدولة الى الحق فلا يمكن أن يتأتى الا بخضوع الحاكمين "للفكرة الحقوقية التي تنبثق عنها السلطة السياسية"، وهذه الفكرة متضمنة بكيفية صريحة او ضمنية في النظام الأساسي، أي الدستور، الذي يمارسون بمقتضاه اختصاصاتهم (5). ان هذا يعني بأن حماية الحرية من تعسف السلطة تتأسس على الفكرة التي تقضي بأن إرادة الحاكمين الذين يقررون باسم الدولة ليست لها قيمة قانونية الا عندما تتخذ وفقاً للمساطر القانونية المحددة، ووفقاً لمضامين الفكرة الحقوقية. كما تتجاوز ضرورة حماية الحرية ضد تعسف السلطة النظريات التي رست على إمكانية إقامة تصالح بين السلطة والحرية (جان جاك روسو). انها تندرج في الإطار الذي يفيد بأن السلطة تعد بمثابة عدو للحرية وهذا مهما كان من شأن التنظيم الديموقراطي لها، ومن هنا ضرورة احتفاظ المواطنين بالحريات لمواجهتها (جون لوك)، ذلك ان كل فرد يملك السلطة يكون محمولاً على إساءة استعمالها (مونتيكسيو)، هذا على ان الخطر الذي يهدد الحرية من طرف أجهزة الدولة لا يطرح على نفس المستوى. إنه يجد تفسيره بالنسبة للسلطة التنفيذية في أنها المالكة لوسائل العنف أثناء ممارستها لمهامها. ولكن هذا الخطر لا يستبعد الجهاز الآخر المتمثل في السلطة التشريعية الأمر الذي يقتضي ان حماية الحرية بواسطة القانون يجب ان تتدعم بحمايتها ضد تعسف القانون. هنا يرد دور السلطة القضائية الذي لا يستبعد اشكالات تنصب على مراقبة السلطة القضائية في حد ذاتها.

(5) Burdeau (Georges), Le statut du pouvoir dans l'État, Traité de science politique. Tome IV. L.G.D.J. Paris 1969. p 105 et s.

ولنفس المؤلف :

Droit constitutionnel et Institutions politiques, L.G.D.J, Paris 1974 : p. 64 et s.

II – مراقبة السلطة القضائية في حد ذاتها

إن إشكالات كالتي تطرح مراقبة السلطة القضائية في حد ذاتها ترتبط، من جهة، بالابعاد التي يتخذها دور السلطة القضائية حيث الاتجاه نحوها في تصاعد مستمر ودورها كأداة لحماية الحريات بل وللديموقراطية أصبح وارداً أكثر فأكثر[6]، هذا الاتجاه يبتعد بالقضاء عن الانزواء في ترديد وتطبيق القانون ليقرنه بالقدرة على تأويله[7]. إنها – أي تلك الاشكالات – تفرض تجاوز المفاهيم المألوفة لدينا : دولة القانون وفصل السلط والمراقبة القضائية للادارة[8]، هاته المفاهيم التي تخفي في ثناياها تساؤلات أساسية : هل القاضي له الصلاحية لحماية الحريات ؟ ألا يعمد أحيانا إلى المساس بها ؟ ألا يجد اللجوء اليه ولو في المجتمعات الليبرالية تفسيره في غياب ماهو أحسن[9]؟ فالقاضي لا يعد المدافع عن الحريات بشكل دائم ومستمر. وحتى تاريخيا فإن دوره لم يختلط بالدفاع عنها إضافة الى ان القاضي سبق الحريات وليس هناك تطابق بين وجود الاول وهيمنة الثانية[10]، بخلاف الدسترة التي ترافقت مع تنظيم الحكم على اساس ديموقراطي. وعلى الرغم من الاستثناءات التاريخية في دول كانجلترا والولايات المتحدة الاميركية وفرنسا[11] التي خولت القاضي صلاحية الدفاع عن الحريات فلا يستنتج من هذا أن تقدم دولة القانون

Renoux (Thierry S.),"La liberté des Juges', dans les Juges, Pouvoirs, n° 74, Seuil: 1995 : 58 (6)

Bouretz (Pierre), "Entre la puissance de la loi et l'art de linterpretation", dans les Juges, Pouvoirs, n°74, Seuil, 1995 : 71 et S. (7)

Costa (Jean-Paul), Le Juge et les libertés", dans la liberté, n° 74, Seuil, 1998 : p. 75 (8)

(9) انظر نفس المرجع ونفس الصفحة.

(10) انظر نفس المرجع ونفس الصفحة.

(11) إن قانون الهابياس كوربيس لسنة 1679 في انجلترا مثلا يُرغم السَّجان بتقديم كل فرد تَمَّ إيقافه إلى القضاء في أجل ثلاثة أيام ليناقش أسباب إيقافه على إثرها يأمر القاضي إما بحبسه أو إطلاق سراحه. اما في الولايات المتحدة الاميركية فالفصل الحاسم لفصل السلط كتطبيق عرفته نظرية مونتيسكيو جعل من القضاء ضامنا للحريات، وذلك بافساح المجال لمراقبة دستورية القوانين بطريقة الدفع.

يختلط بطريقة حتمية خالية من التذبذبات مع تخويل القضاة مهمة الدفاع عن الحريات. وفي جميع الاحوال فإن إمكانية المساس بالحريات تظل واردة. إنها لا تقتصر فقط على ما يفيد بأن الانتقال من القاعدة القانونية إلى القرار القضائي لا يتم بصفة أوتوماتيكية، وأن طبيعة العملية القضائية لا تستبعد التعسف. إنها تطرح قضايا كالمتعلقة بالنظام الاساسي للقضاة، باستقلالية القضاء ونزاهته، بالضمانات المرتبطة بسير المسطرة القضائية في جميع مراحلها. إن قضايا كهاته تتنافر والتطلع إلى تدخله – الذي يظل قائماً – كضمانة أساسية. إنها تطرح مسؤوليته في الوقت الذي يمارس سلطة هناك من يرى بأنها مطلقة لأنها بعيدة، وهذا غالبا، عن كل مراقبة ديموقراطية إن على مستوى التعيين أم على مستوى ممارسة وظائفها. بالفعل، إن ما يخفف من حدة السلطة المطلقة كون القضاء لم يتحول الى "برلمان للاستئناف"[12]، وأن القانون بالرغم من أنه لازال مهيمنا فإن سلطة الارادة الشعبية المتمثلة في الانتخابات تشكل قوة مضادة إزاءها. وفي مجال السلطة القضائية هل يعد الاساس الانتخابي للوظيفة القضائية كفيل بمراقبة السلطة القضائية أو بالاحرى وسيلة ناجعة للقيام بدور "مراقبة المراقبين"[13]؟

إن الانتقادات حول استقلالية القضاء وكيفية تعيين القضاة تظل قائمة حتى بالنسبة لتجارب دول – كالكونفيدرالية السويسرية والولايات المتحدة الامريكية – لا تستبعد عن مساطر التعيين مسطرة الانتخابات الشعبية : فبالرغم من الاساس الانتخابي للوظيفة القضائية تظل مخاطر الانحراف السياسي واردة لا فقط في الحالة التي يسمح فيها الدستور للقضاة بممارسة أنشطة سياسية (دستور المكسيك لسنة 1989 مثلا)، بل وحتى في حالة غياب إرادة التوظيف والاستعمال السياسي لهم. يضاف

(12) إنه تعبير وارد في مؤلف : Leclercq (Claude), Libertés publiques, op. cit : p 152

P. Guarnieri et P. Pederzoli "la puissance de Juger", Paris, Editions Michalon, 1996 : p. 23. (13)

الى التخوف من تسييس القضاة الاعتراض الذي يقضي بأن القضاة في حاجة إلى السكينة بدلاً من مثولهم أمام الناخبين، هذا المثول الذي يعتبر مخاطرة لا تحتمل[14]، الرأي الذي يقضي بأنه "عندما نقرر تقييم القاضي بناء على مقاييس سياسية لا قانونية فإننا نجرد الوظيفة القضائية من كل المقاييس التي تجعل منها سلطة متميزة"[15]. كل هذا لا يتنافى والاعتراض الذي يطرح قدرة الشعب على تعيين الخصائص الضرورية للقاضي الكفء؛ هذا الاعتراض الذي لازال يحتفظ براهنيته[16].

ومهما كان من شأن الانتقادات، فإن وجود القاضي "يبقى ضروريا ومهما في آن واحد"[17]. وفي جميع الاحوال فإن الضمانات القضائية لا تستبعد اخرى غير قضائية.

(14) Anex-Cabanis (Danielle). La magistrature en Suisse Evolution et persectives contempo-raines", dans l'élection des Juges. Etude historique Française et contemporaine. Puf, Paris 1999 : p 248, 252.

(15) يتعلق الامر بتصريح السيناتور Hatch الذي أصبح عضو اللجنة القضائية في مجلس الشيوخ، انظر في هذا المجال دراسة :

Mayali (laurant), "La Selection des Juges aux Etats Unis , dans l'élection du Juges Etudes historiques française et contemporaine, Puf, Paris, 1999 : p 272.

(16) إنه الاعتراض الذي تم مباشرة بعد إرساء نظام الانتخابات في ولاية المسيسبي سنة 1832 وهذا ما أدى ببعض الدويلات منذ سنة 1940 إلى المزج بين طريقة الانتخاب وطريقة التعيين

(17) Bouretz (Pierre), "Entre la puissance de la loi et l'art de l'interpretation, L Enigmatique Légitimité du juge", dans les Juges", op. cit : p. 81.

الفصل الثاني
الضمانات القضائية

تتراوح بين حماية الحريات من تعسف المشرع (I) وبين حمايتها من تعسف الإدارة والخواص (II).

I – حماية الحريات العامة ضد تعسف المشرع

تتعلق بالدساتير التي تخصص جزءا منها للحريات العامة وتطرح لاول وهلة الجزاء المرتبط بمراقبة دستورية القوانين كضمانة ضد خرق السلطة التشريعية للحريات العامة. انه يبين أنّ "التكريس الدستوري للحريات يبقى الضمانة الاكثر تأكيداً او الأقل ضرراً شرط ان يكون الجزاء بشأنها فعليا"[18]. بيد ان هناك من يطرح الضمانات ضد خرق المشرع للحريات العامة في إطار أوسع[19]. في هذه الحالة فهي قد تثار بشأن "التشريع الحكومي" (في الحالات العادية وفي الحالات الاستثنائية) كما قد تثار بشأن "التشريع البرلماني" ففي اطار التشريع البرلماني، يتم التمييز بين الضمانات الوقائية التي ترتبط بكيفية التنظيم الداخلي للسلطة التشريعية وتنصب على الشروط المسطرية لوضع القانون، وبين الضمانات الزجرية حيث تندرج في اطارها الوسيلة الفعالة المتمثلة في التدخل الشعبي المباشر في التشريع اما بواسطة المبادرة الشعبية او بواسطة الرفض الشعبي وحق الفيتو ومراقبة دستورية القوانين. إن إقرارها يفيد

(18) Madiot (Yves) Droits de l'homme, op. cit : p 115.

(19) Burdeau (Georges) Les libertés publiques, op. cit : p. 68 et S.

بأن فصل السلط لا يتصور على النقيض من متطلبات دولة القانون[20].

إنه يسير على النقيض من نظرية الشرعية الاشتراكية التي تفسر استبعاد مراقبة دستورية القوانين من دساتير الدول الاشتراكية سابقا، انطلاقا من توافق القانون مع مصلحة الشعب، وكذلك من التمسك بسمو القانون كتعبير عن الارادة الشعبية الذي يفسر استبعاد المراقبة طويلا من الدساتير الفرنسية خلال القرن التاسع عشر. إن أهميتها تظل قائمة على الرغم من مناهضتها، "هذه المناهضة التي تقوم على أن تطبيقها في دولة كفرنسا" أسفر على "رقابة سامية لا توفر الضمانات التقليدية على غرار المحاكم العليا التقليدية"، وتمثلت ابعادها في "سقوط المنطق الديموقراطي في طي التجاهل والنسيان"[21]. وعلى الرغم من كل الانتقادات فإن أهميتها في حماية الحريات العامة تظل قائمة. إنها تتفاوت حسب ما إذا كنا أمام أنظمة متفتحة على مراقبة دستورية القوانين أو أمام أنظمة حذرة، مترددة إزاء مراقبة دستورية القوانين. هذا على اننا نبتعد هنا عن تصورات اخرى تهدف تحقيق الضمانات اما بواسطة "فضيلة الممثلين" او عن طريق "محكمة الرأي" وإما بواسطة "التداخل بين السلطتين التنفيذية والتشريعية" أو بواسطة "سلطة واقية" متمثلة إما في إقالة الحكومة او البرلمان[22].

إننا نقصد بالأنظمة المتفتحة على مراقبة دستورية القوانين تلك التي تفسح المجال أمام المواطن للدفع بعدم دستورية قانون يراد تطبيقه عليه،

(20) Opsahl (Torkel), "Synthèse : Droits de l'homme et Etat de droit" dans les droits de l'homme dans le droit national en France et en Norvège, Economica, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1990, p 160.

(21) Lacharrière (René), "Opinion dissidente", dans le conseil constitutionnel. Pouvoirs, n° 13, 1991 : p. 157.

(22) Rousseau (Dominique), "La garantie de le constitution" dans, Liberté. Libéraux et constitutions, Economica, Presses universitaire d'Aix-Marseille, 1997 : p. 97 et S.
يندرج الصنفان الاولان بالنسبة للمؤلف في إطار ضمان الدستور بواسطة "إشراق وعي الأفراد" أما الثانيان فيندرجان تحت لواء ضمان الدستور بواسطة "منطق المصالح".

وهذا أمام جميع الهيئات القضائية. إنها، كما نعرف، المراقبة بطريقة الدفع التي لا تحتاج الى نص صريح في الدستور، يقوم فيها دور القاضي على الامتناع عن تطبيق القانون في النازلة المعروضة عليه. وقد يتطور الامتناع عن تطبيق القانون الى إلغائه إذا ما بثّت بعدم دستوريته أعلى هيئة قضائية في الدولة وهذا في حالة استئناف الحكم. إن تجربة كهاته ارتبطت بالولايات المتحدة الاميركية حيث تدعم دور المحكمة العليا في هذا المجال منذ سنة 1803، ولا تستثنى تجارب دول أخرى نذكر منها النرويج التي تطورت فيها هذه المراقبة في إطار دستور سنة 1814. إن هذه الانظمة المتفتحة لا تستبعد تلك التي تقوم فيها مراقبة دستورية القوانين على المزج بين طريقة الدفع وطريقة الدعوى، كما تفيدنا به تجربة المانيا الاتحادية منذ سنة 1949.

أما الانظمة الحذرة والمترددة إزاء مراقبة دستورية القوانين فهي التي تجعل المواطن بمنأى عن هذه المراقبة، مخولة إياها إلى شخصيات معينة، وهيئات متخصصة، وتحتاج إلى نص صريح في الدستور. إنها المراقبة بطريقة الدعوى. ويتدعم هذا الحذر بأن المراقبة سابقة على صدور القانون، كما نجد ذلك مثلا في دساتير كدستور الجمهورية الخامسة الفرنسية. هذا ما يجعل مجموعة من القوانين تفلت من قبضة المراقبة. وقد تتطور المراقبة في أنظمة كهاته لتعرف أبعاداً تتجاوز الحدود الضيقة التي أحيطت بها. ويعد الدور الذي لعبه المجلس الدستوري في مجال حماية الحريات العامة منذ السبعينات رائدا في هذا المجال[23]. ومع ذلك فالالتقاء مع الانظمة المتفتحة على مراقبة دستورية القوانين لا يزال متعثراً أمام مقاومة تزويد أسلوب الدعوى بأسلوب الدفع، كما كان وارداً في مشروع الاصلاح الدستوري لمارس 1990 في فرنسا[24].

(23) Rivero (Jean). "Fin d'un absolutisme", dans le conseil constitutionnel, op. cit : p. 5 et S.

(24) ان مشروع قانون 1990 يتجاوز تعديل 1974 الذي افسح امكانية عقد المجلس الدستوري حول مشروع او اقتراح قانون امام ستين نائبا من كل مجلس. انه يفسح هذه الإمكانية امام الاشخاص للدفع بعدم الدستورية امام كل المحاكم القضائية العادية أو الإداريه

أما في المغرب فبالرغم من الاصلاح الدستوري لسنة 1992 الذي تمّ بفعله انشاء المجلس الدستوري الذي أسندت اليه، اضافة الى السلطات التي كانت تمارسها وفق الدساتير السابقة الغرفة الدستورية بالمجلس الاعلى، مهمة مراقبة دستورية القوانين العادية قبل صدورها، فإن التجربة منذ تنصيب هذه المؤسسة في مارس 1994 وتجديدها في يونيه 1999 وفقاً لمتطلبات تعديل دستور 1996 [25] لازالت تدل على هشاشة دور هذه المؤسسة في حماية الحريات وحقوق الانسان، مما يجعل البون شاسعا بينه وبين التجارب التي تتطور في اتجاه الانظمة المتفتحة على مراقبة دستورية القوانين.

ومهما كان من شأن هذين النظامين فإن كلا منهما ينطوي على اختلافات نلمسها على مستوى الهيئات القضائية العليا او المحاكم الدستورية، لافقط فيما يتعلق بتعيين أعضائها بل أيضاً فيما يتعلق بتقنيات عملها وتأويل أحكامها، هذا فضلا عن خضوع نتائج مداولاتها لقانون الأغلبية ؛ هاته النتائج التي تختلف وتتضارب مبرراتها من دولة إلى اخرى حول المسألة الواحدة[26]. وبالرغم من كل هذه الاختلافات والاشكالات فان الانظار تظل متجهة الى "تخويل المواطن، بطريقة أو بأخرى القدرة على فرض احترام حقوقه أمام هيئة قضائية. ففي ديموقراطية حقيقية لا يمكن تفويض هذه الصلاحية للآخرين، ولا يمكن للمواطنين أن يُعاملوا كقاصرين بحيث يكفي لأجهزة الدولة أن تقرر، نظراً لاعتبارات سياسية ظرفية، ان من مصلحتهم إثارة عدم الدستورية

(25) ينص الفصل 79 من دستور 1996 على أنه : يتألف المجلس الدستوري من ستة أعضاء يعينهم الملك لمدة تسع سنوات، وستة أعضاء يعين ثلاثة منهم رئيس مجلس النواب وثلاثة رئيس مجلس المستشارين لنفس المدة بعد استشارة الفرق، ويتم كل ثلاث سنوات تجديد ثلث كل فئة من اعضاء المجلس الدستوري. يختار الملك رئيس المجلس الدستوري من بين الاعضاء الذين يعينهم مهمة رئيس وأعضاء المجلس الدستوري غير قابلة للتجديد.

(26) Grosser (Alfred), Cours constitutionnelles et valeurs de référence. Apropos de décisions sur l'avortement", dans le conseil constitutionnel, Pouvoirs. n° 13, 1991 : p. 125.

حتى تدخل نصوص غير دستورية تمس بحريات المواطنين في المنظومة القانونية" [27].

II – حماية الحريات العامة ضد تعسف الادارة والخواص

إن مبدأ الشرعية الذي يستلزم تطابق النشاطات العمومية والخاصة مع القانون وذلك تحت مراقبة القضاء يعرف امتداداته في مجال الحريات العامة[28]. من هنا ضرورة توافق الممارسة مع قانون الحريات العامة التي تنبع من اعتبار أن الحرية لا يمكن أن تمارس بدون حدود، ولذلك فاحترام هذه الحدود من مكونات نظام الحريات العامة، ومن هنا أيضا تطلع الافراد إلى القضاء للنظر في أمر التجاوزات التي تعرفها، سواء كانت هذه التجاوزات من فعل الادارة أم من فعل الخواص.

وقد يبدو لأول وهلة بأن الوظيفة القمعية للقاضي تتعارض في أساسها مع الحرية، غير أن هذه الفكرة تتراجع أمام الاعتبار الذي يفيد بأن تدخل القاضي لممارسة وظيفته القمعية يكون محاطاً بجملة من الضمانات التي تتناول الشكل والمضمون وأنه عندما يقوم بزجر المخالفات، فإن هذا التدخل يكون موضوعاً بصفة مباشرة في خدمة حماية الحرية. فعندما تنص القوانين الجنائية مثلا على أن المساس بحرية الآخرين يشكل مخالفة قانونية فإن القاضي عندما يتدخل لزجر هذا المساس فهو يقوم بحماية حرية الضحية. ومهما يكن من أمر حدود وأبعاد هذه الوظيفة القمعية، يبقى أن القاضي يشكل عنصراً أساسيا في نظام الجزاء الذي يعرفه قانون الحريات العامة[29].

(27) Batinder (Robert). "Droits de l'homme et "Etat de droit"", dans les droit de l'homme dans Le droit national en France et en Norvège. Presses Universitaires d'Aix-Marseille -Economica, 1990 p : 175.

(28) Rivero (Jean). Les libertés publiques Tome 1 les droits de l'homme. op. cit p : 252.

(29) انظر نفس المرجع ونفس الصفحة

وإذا كانت التجاوزات المترتبة عن ممارسة الحرية أو عن المساس بها يمكن أن تكون من فعل القائمين بالسلطة فإن الاشكال الفعلي يطرح هنا بخصوص الاختيار بين وحدة القضاء وازدواجيته من أجل حماية الحرية. هل سيناط إذن أمر النظر فيها إلى هيئة واحدة بصرف النظر عن القائم بها ام إلى هيأتين منفصلتين : الأولى مختصة في القضايا المثارة بين الخواص والثانية في القضايا التي تكون الادارة طرفا فيها؟ وفي حالة استقرار الاختيار على ازدواجية القضاء فإلى أي حد يعد إنشاء محاكم إدارية إلى جانب المحاكم القضائية العادية حاسما في الفصل بين طبيعة القضايا، وإلى أي حد تمَّ تجاوز الاشكالات التي تعترض سير المؤسسات القضائية والقضاء بصفة عامة؟ هذا على أننا لن نغفل الاشارة إلى أن مشكل الاختيار بين ازدواجية او وحدة القضاء يتجاوز حدود حماية الحريات ليمتد الى كل المنازعات.

1 ـ الاختيار بين وحدة القضاء وازدواجيته

إن وحدة القضاء تبدو لأول وهلة متفقة مع مبدأ المساواة بين المواطنين والوسيلة الأنجع لحماية المواطنين إزاء تعسف السلطة. هنا لا نفرق بين الخواص والاداريين إن على مستوى القانون المطبق على كل منهما أم على مستوى القاضي المختص للنظر في شأن المنازعات بينهما. فالمخالفة، كيفما كان من شأن القائم بها تفسح المجال لاتباع نفس المساطر والمثول أمام نفس القاضي. إن هذا الحل الذي يذكر بالتقاليد الانجليزية[30] في المجال القضائي هو الذي تبناه اللبيراليون بحيث عرف انتشاره في أوروبا عقب الثورات البورجوازية في القرن التاسع عشر وكذا في اميركا اللاتينية. غير أن التطورات تعد معبرة عن تراجع اختيار كهذا بحيث بدأ يعرف انتقادات حتى في انجلترا[31]. فإضافة إلى المسطرة المعقدة والمكلفة

(30) Dutheil de la Rochère (Jacqueline), "Le pouvoir Judiciaire et les libertés au Royaume-Uni', dans la grande Bretagne, n° 37, 1986 : p 101 et S.

(31) انظر نفس المرجع، ص : 107 وما يليها

التي تتركز في المحكمة العليا نجد أن القانون الذي يقيد الادارة والقضاء قد يتم تحديده بطريقة تفسح أمام الإدارة إمكانيات واسعة للتصرف في تنفيذه وتقلص – على النقيض من ذلك – إمكانيات القضاء في تطبيق القانون بتأويله تأويلا متحرراً. وبفعل التطورات الحزبية والسياسية فإن تردد القضاء وحدود امكانياته في التأويل أصبحت حبيسة اعتبارات الانسجام بين الحكومة والأغلبية البرلمانية[32].

إن التراجع عن وحدة القضاء وجد تعريف تعبيره بتطلع عدد من الدول إلى ازدواجية القضاء خلال القرن العشرين وذلك بإنشاء محاكم إدارية إلى جانب المحاكم العادية. فالدستور البلجيكي يعد معبراً عن هذا التراجع الذي سبق وكرسه دستور سنة 1831. إن اختياراً كهذا بالرغم من أنه عرف تطبيقات مختلفة يذكر بالتقاليد الفرنسية. فهذه الأخيرة استقرت بداية على جعل موظفي الدولة بمنأى عن القضاء انطلاقا من قناعة الثوار بأن الموظفين لا يمكنهم ان يحيدوا عن الارادة العامة ومؤسسة بهذا استمرارية مع مجهودات الملكية المتمثلة في جعل موظفي الملك بمنأى عن مراقبة البرلمانات. إن حلا كهذا هو الذي تراجع سنوات بعد الثورة الفرنسية بإنشاء محاكم إدارية. وإذا كانت الظروف التاريخية التي أنشئت فيها قد أثارت حفيظة اللبيراليين بخصوص استقلاليتها عن السلطة التنفيذية، الامر الذي يفسر حذر اللبيراليين بداية إزاء هذا الاتجاه[33]، فإن هذا الحذر سيتراجع لصالح المواقف التي ستتقدم في اتجاه ازدواجية القضاء خلال القرن العشرين. إن التطور القضائي في بلجيكا الذي عرف إنشاء مجلس للدولة سنة 1946 على غرار مجلس الدولة في فرنسا يعد معبِّراً عن هذا التحول. هذا التحول الذي يكتسي دلالة عميقة خصوصاً عندما نعلم أنه يندرج في إطار النص الدستوري على السلطة القضائية كسلطة مستقلة قائمة بذاتها على غرار السلط الاخرى، أي التشريعية

(32) انظر نفس المرجع 113.

(33) Batinder (Robert); Une si longne défiance', dans les Juges, Pouvoirs, n° 74, 1995 : p 7 et s.

والتنفيذية(34). وفي المغرب يذكر احداث المحاكم الادارية بمقتضى قانون 3 شتنبر 1993 الذي يندرج في إطار الخطاب الملكي بتاريخ 8 ماي 1990 الذي اعلن في آن واحد عن انشاء المحاكم الادارية والمجلس الاستشاري لحقوق الانسان. وتختص المحاكم الادارية بالبث ابتدائيا في طلبات إلغاء قرارات السلطات الادارية بسبب تجاوز السلطة وفي النزاعات المتعلقة بالعقود الادارية ودعاوى التعويض عن الاضرار التي تسببها أعمال ونشاطات أشخاص القانون العام، ما عدا الاضرار التي تسببها في الطريق العام مركبات ايا كان نوعها يملكها شخص من اشخاص القانون العام. . "(35). وتنص المادة 9 على أن المجلس الأعلى يظل مختصاً بالبث ابتدائيا في طلبات الإلغاء بسبب تجاوز السلطة المتعلقة بالمقررات التنظيمية والفردية الصادرة عن الوزير الاول وبقرارات السلطات الادارية التي يتعدى نطاق تنفيذها دائرة الاختصاص المحلي لمحكمة إدارية. كما يختص كذلك في جميع الدفوعات التي تدخل ابتدائيا في اختصاص المحاكم الادارية وكذا في استئناف الحكم المتعلق بالاختصاص النوعي أيا كانت الجهة القضائية الصادر عنها، في حين تختص محكمة الرباط الادارية بالنظر في النزاعات المتعلقة بالوضعية الفردية للاشخاص المعينين بظهير او مرسوم وبالنزاعات الراجعة إلى اختصاص المحاكم الادارية التي تنشأ خارج دوائر اختصاص هذه المحاكم. كل هذا يصب في اتجاه، تداخل الاختصاص بين القضاءين العادي والاداري.

(34) (Krings) Ernest, Le systeme Judiciaire". dans La Belgique. Pouvoirs, n° 54, 1990 : p 51 et s.

(35) وتضيف المادة 8 : "وتختص المحاكم الادارية كذلك بالنظر في النزاعات الناشئة عن تطبيق النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالمعاشات ومنح الوفاة المستحقة للعاملين في مرافق الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العامة وموظفي إدارة مجلس النواب وعن تطبيق النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالانتخابات والضرائب ونزع الملكية لأجل المنفعة العامة، الفردية للموظفين والعاملين في مرافق الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العامة، وذلك كله وفقاً للشروط المنصوص عليها في هذا القانون.
وتختص المحاكم الادارية أيضا بفحص شرعية القرارات الادارية وفق الشروط المنصوص عليها في المادة 44 من هذا القانون"

2 - تداخل الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري

إن الانعكاسات المترتبة عن ازدواجية القضاء في مجال الحريات العامة تتمثل مبدئيا في ترك الاختصاص للقضاء العادي فيما يخص حمايتها ضد تعسف الخواص وترك الاختصاص للقضاء الاداري للنظر في أمر التجاوزات التي تكون من فعل السلطات العمومية. ومع ذلك فإلقاء نظرة على النظام الفرنسي تفيد بأن ازدواجية الهيئات القضائية لم يترتب عنه فصل حاسم في أمر القضايا التي تدخل في اختصاص كل منهما مما يثير إشكالات في شأن الهيئة المختصة. بالفعل، إن المبدأ هو أن الاختصاص في القضايا التي تكون الادارة طرفاً فيها يعود إلى المحاكم الادارية. ومع ذلك فالقضاء العادي المدني والجنائي يظل مختصا بالنظر في المساس بالحريات العامة لا فقط من طرف الخواص ولكن أيضا من طرف الاشخاص العموميين وهذا في الحالة التي يستتبع هذا المساس ضرورة إصلاح الأضرار المترتبة عنها أو الحكم بجزاء جنائي. إن الاختصاص الاستثنائي للقضاء العادي في هذا المجال يستمد أساسه من الفصل 66 من الدستور الذي يجعل السلطة القضائية حارسة للحرية الفردية، يضاف إلى هذا قرار المجلس الدستوري لسنة 1989 الذي يعتبر مجال الملكية العقارية الخاصة بمثابة مبدأ من المبادئ الاساسية المعترف بها من طرف قوانين الجمهورية، وهذا ما يثير حالات الاعتداء المادي حيث يجوز للقضاء العادي وحده إدانة السلطة الادارية لاصلاح هذا الاعتداء، وأخيرا فإنه يظل المختص في مجال سير المرافق القضائية. هذا على أن الاختصاص في شأن الدفع بعدم الشرعية في القانون الجنائي يعود إلى القضاء الجنائي للبث في شأن شرعية قرارات إدارية تم اعتمادها كأساس لجزاء معين(36). وبصرف النظر عن هذه الاستثناءات -- والتي لا يستهان

(36) Leclerq (Claude), Libertés publiques, op cit : p 156-157
فيما يخص المحاكم الادارية في المغرب انظر: المحاكم الادارية ودولة القانون، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، العدد 21 ، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية ==

بها - تبقى المحاكم الادارية، في مجال الحريات العامة، مختصة بإبطال أو اصلاح القرارات المتخذة أثناء ممارسة صلاحيات السلطة العمومية بواسطة السلطات التي تمارس السلطة التنفيذية وكذا أعوانها في الجماعات الاقليمية والمؤسسات العمومية الموضوعية في آن واحد تحت سلطتها وتحت رقابتها[37].

وبالرغم من الاتجاه المتزايد نحو تبني ازدواجية القضاء فإن الاستفهامات تثور حول مدى قدرة المحاكم الادارية في أن تشكل سدا منيعا أمام المشاكل التي يتخبط فيها القضاء بصفة عامة. ألم يُتهم القضاء الاداري الفرنسي - وهذا على سبيل المثال لا الحصر - من طرف المحكمة الاوروبية لحقوق الانسان (24 أكتوبر 1989) بالاخلال بالآجال المعقولة للاستماع إلى حجة المدعى؟. وعموما تظل الصعوبات التي تحيط بتعيين القضاء المختص وكذا بتطبيق مبادئ مختلفة بالنسبة لكل صنف من القضاءين من العوامل التي تحد من فعالية اللجوء إلي القضاء الاداري. كل هذا يطرح مسألة الدراية بالقواعد القانونية التي تتأثر حتماً بالمستوى الثقافي.

إن ما تقدم يلتقي مع اعتبار "دور القاضي الاداري يتغلغل في اتجاه محافظ" وأن "القاضي الاداري امتداد للادارة وحل توفيقي بين السلطة السياسية والادارة"[38]. إن هذه الاشكالات تتضاعف خصوصاً وأن القواعد التشريعية أصبحت هي الاستثناء والقواعد الادارية هي القاعدة مما يُمكّنُ الادارة من تكييف البُنيان القانوني حسب احتياجاتها

== والاجتماعية : 1994. وكذلك :
Tribunaux administratifs et droit administratif. Publications de la Revue marocaine d'Administration locale et développement, 1995.

(37) إن اختصاص القاضي الاداري هذا يعد بمثابة مبدأ دستوري يذكر بقرار المجلس الدستوري بتاريخ 23 يناير 1987 انظر :
Ardant (Philippe), Décisions du conseil constitutionnel, Que sais-je, Puf 1990 : p 24-26

Charvin (Robert) Sueur (Jean-Jacques), Droits de l'homme et libertés de la personne, op. cit, p : 290.

على المدى القصير[39]، ويقلص من قدرة المواطن على التمييز بين القواعد المطبقة في حين أن القاضي يمكن أن يدين نصا بعد أن يكون هذا الاخير قد استُبدل بآخر، هذا دون استبعاد فرضية تعديل قرارات القاضي الاداري بواسطة البرلمان بنفسه. ويبقى للادارة في نهاية المطاف هامشا واسعا من التصرف خصوصا وأن تنفيذ قرارات المحاكم يعود إليها حيث ليس هناك من وسيلة للتنفيذ ضد الادارة[40]. إن هذه الأخيرة يمكن "أن تضع بكل نجاح قوة التقاعس في مواجهة سلطة الشيء المقضي به"[41]. وعلى العموم فإن الاشكالات التي يطرحها القاضي العادي في مجال الحريات بصفة عامة تتعقد في دولة كفرنسا أمام التراتبية التي يفرضها تعدد الاجناس بين "قضاء من الدرجة الأولى" و"قضاء من الدرجة الثانية" خاصة في المجال الجنائي حيث نكون أمام "قضاء جنائي يتطور بوتيرتين مختلفتين"، الأولى "مختصرة ومجملة" تنطبق على "الأشخاص لا باعتبارهم أفراداً بل اعضاء "لمجموعة" تعتبر بصفة جوهرية واجتماعية مجرمة"[42].

وبالرغم من أن كل ماتقدم لا يلغى أهمية دور القضاء في حماية الحريات العامة، فإن الثغرات التي يتضمنها تبرر مع ذلك الاتجاه إلى دعم الوسائل القضائية بأخرى غير قضائية لحماية الحريات العامة.

(39) Braibant (guy), "Qui fait la loi?", dans le parlement. n° 64. Puf. 1993 ; p 43 et s.

(40) Marion (Alain),"Du mauvais fonctionnement de la juridiction administrative et de quelques moyens d'y remedier", dans Droit administratif Bilan critique. Pouvoir, n° 46, 1988 : p 31.

(41) Charvin (Robert) Sueur (Jean-Jacques), Droits de l'homme et libertés de la personne, op. cit : p 290.

(42) انظر نفس المرجع : ص 301

الفصل الثاني

الضمانات غير القضائية

إضافة إلى وسائل الحماية القضائية تتواجد مؤسسات غير قضائية تجد تبريرها في ضعف التقنيات القضائية لتحقيق حماية الحريات. نتوقف هنا عند مدافع المواطنين (I) لتنتقل إلى تفعيل الحريات العامة بفعل مبادرات خاصة (II) وتنتهي بأبعاد مقاومة التعسف والطغيان (III).

I – مدافع المواطنين

إنها المؤسسة ذات الاصل السويدي التي يعود إنشاؤها إلى سنة 1809 تحت اسم لومبيدسمان التي تبنتها فلندة سنة 1919 وعرفت إشعاعاً لا نظير له بعد الحرب العالمية الثانية. فبعد أن تبنتها الدانمارك سنة 1953 والنرويج سنة 1962، امتدت إلى دول اخرى حيث نجدها تارة تحت اسم مدافع الشعب (اسبانيا 1982) وأخرى تحت إسم المبعوث البرلماني (انجلترا 1967) او وسيط الجمهورية (فرنسا 1973)... الخ. إن مؤسسة كهاته، عرفت امتدادها على مستوى القارات، وجدت مجالها علي مستوى الاتحاد الاوروبي تحت اسم الوسيط الاروبي الذي نصت عليه معاهدة ماسترخت الموقعة في 7 فبراير 1992. وفي المغرب، لازال إنشاء هذه المؤسسة من قبيل التمنيات. وقد تبلور تطلع الهيئات السياسية الممثلة في الكتلة الديموقراطية في تضمينها كمطلب في مذكراتها للاصلاح الدستوري سواء في يونيه 1992 أو أبريل 1996.

إن هذا الانتشار يفيد بأن هذه المؤسسة التي لا يقتصر مجال اختصاصاتها علي الحريات العامة، وهذا كِكل المؤسسات القضائية، لم تسقط في طي النسيان ولم تعتبر من مخلفات القرن الفارط، بل أكثر من هذا نجد بأن مؤسسة كهاته قد تتعدد على المستوى الوطني في مجالات متعددة (43)او على الصعيد الاقليمي او المحلي(44).

بالرغم من أهمية المرجعية السويدية التي تظل قائمة فقد نكون أمام تقليد لا يعدو أن يكون مشوها أو أمام تعددية يتعذر معها التعميم الذي يغري بإعطاء تعريف واحد وشامل لها. ومع ذلك فهناك من ذهب إلى تعريفها بأنها "مؤسسات استثنائية لمراقبة الادارة، تتموقع خارج مساطر اللجوء المعتادة، يمكن أن تعرض عليها نزاعات بين الافراد والادارة" مبينا بأن سلطها "لا تقتصر علي التحقيق والتحريات والاخبار وابداء الآراء واقتراح حلول دون فرض أي شيء" هذا على أن ما يميزه هو "أن فعاليته لا يمكن أن تتحقق إلا بفعل مساهمة السلطات الاخرى" (45) التي يوجد على رأسها الرأي العام. هذا على ان هناك من أكد بأن هذه "المؤسسة يجب أن تكون قريبة من المواطنين سهلة للانعقاد، سريعة التصرف، مستقلة عن الادارة. ودون أن تستطيع الحلول محل هذه الأخيرة فإنها تعرف كيف يمكن إخضاعها" (46). وبقدر ما يشكل الأصل السويدي للمؤسسة أهمية لا يستهان بها بقدر ما لا يستبعد الالتفاف حولها اختلافات ليشكل التباعد عنها واقعاً نلمسه على مستويات متعددة: منبع هذه المؤسسة، وعقد هذه المؤسسة والأبعاد التي تتخذها صلاحياتها.

---

(43) Madíot (Yves). Droit de l'homme. op. cit : p. 145-154. Pisier (Evelyne). "Vous avez dit indépendantes ? Reflexions sur le AAI". dans Droit administratif. Bilan critique. Pouvoirs, n° 46, 1988 : p 71 et S.

(44) Madiot (Yves), p. 146 et S. Leclercq (claude). Libertés publiques, op. cit; p 160.

(45) Legrand (André), L'institution de L'Ombudsman, Historique et traits. Problèmes politiques et sociaux". La documentation française. mars 1971 : p 5 et 6.

(46) Madiot (Yves), Droits de l'homme, op. cit : p 146-147

فانتخاب المؤسسة من طرف البرلمان كما نجدة في السويد وفي فلندة أو في ألمانيا لا يعتبر قاعدة. قد نكون أمام التعيين من طرف السلطة التنفيذية كما هو الشأن في فرنسا أو انجلترا مثلا. إن إمكانية انعقاد هذه المؤسسة بناء على شكاية مكتوبة من طرف الخواص أو انعقادها من تلقاء نفسها للتحقيق في التجاوزات التي بلغت إلى علمها إما من خلال الصحافة أو بواسطة إجراءات التفتيش أو بأية وسيلة أخرى من وسائل الاخبار كما هو عليه الحال في السويد قد تتراجع لتصبح غير مباشرة تستدعي وسطاء حددهم القانون الفرنسي مثلا في الشخصيات التالية : البرلمانيون، المستشارون العامون، رؤساء البلديات، ممثلو الجمعيات المهنية، النقابات وقادة الجمعيات ذات المنفعة العامة. أما الابعاد التي تتخذها صلاحياتها ففي الوقت التي تتقلص في فرنسا مثلا في المجال الاداري فإنها تمتد في السويد إلى الرقابة على القضاة وموظفي الدولة والمؤسسات الادارية والجماعية دون أن تشمل الوزراء، وهذه الصلاحيات هي التي تواجهنا في الدانمارك على أنها تشمل أعمال الوزراء وموظفي الادارة المركزية والموظفين الجماعيين دون القضاة. كل هذا على خلاف انجلترا حيث مهمة حماية المواطنين ضد تعسف الإدارة يسير إلى جانب ضرورة عدم المساس بسلطة البرلمان، أو القضاء أو الحكومة. إن الأبعاد التي تتخذها سلطات التفتيش والتحقيق التي تتوفر عليها المؤسسة السويدية لا تقتصر على تقديم تقارير سنوية بل قد تصل حد اتهام المسؤول أمام الهيئة القضائية المختصة، وبهذا تفسح المراقبة غير القضائية المجال للمراقبة القضائية. إن هذه الابعاد تتقلص في انجلترا إلى تقديم تقرير للبرلمان الذي يصبح هو المختص في الابعاد التي من الممكن أن يتخذها، وهذا ما يعني رفض تخويله سلطة على الادارة بوازع مرعاة مبدأ المسؤولية الوزارية(47).

Rivero (Jean), Les libertés publiques Tome 1 les droits de l'homme, p : 275-276. (47)

بالرغم من هذه الحدود فإن الادوار التي من المحتمل ان تلعبها هذه المؤسسة تجعل التطلع إلى تمتين وسائل عملها وترسيخها يتأكد. بالفعل إن هذه الحدود تدعو إلى القول بأن العبرة لا تتمثل في عدد الشكاوى المقدمة إلى المؤسسة بل في إمكانية عقدها من طرف المواطنين. لهذا فإن تفتحاً في هذا الاتجاه هو الذي يجب أن يهيمن على مطالب كافة عناصر المجتمع المدني. هذا على ان هذه الوسيلة غير القضائية لا تنفي مبادرات خاصة لحماية الحريات، ناتجة عن تفعيل حريات عامة.

II – تفعيل الحريات العامة بفعل مبادرات خاصة

يشكل إعمال بعض الحريات المنصوص عليها في قوانين الدولة من طرف الخواص وسيلة لا يستهان بها للدفاع عن حرياتهم وحقوقهم. ولا يقتصر الأمر على حق رفع العرائض الذي يتراجع حاليا، بل يتجاوزه إلى حريات جماعية كحرية التجمع والاجتماع وحرية الاضراب وحرية الصحافة ووسائل الاعلام وحرية التظاهر.

إن حرية الاجتماع تفسح المجال أمام الخواص، الذين يهيمن عليهم هاجس احترام حقوق الانسان، للتجمع من أجل الدفاع عن حقوقهم بواسطة أنشطة جماعية في إطار جمعيات ومنظمات تؤسس لهذا الغرض. إن بعض هذه الجمعيات يتمتع بوضع متميز على الصعيد الدولي : يتعلق الامر بالمنظمات غير الحكومية. وقد يشكل تمثيل الجمعيات في هيئات حكومية تهتم بحقوق الانسان اعترافاً رسميا بها. فمرسوم 1986 مثلا دعا الجمعيات الفرنسية الأساسية الى أن تمثل في اللجنة الاستشارية لحقوق الانسان التي تم انشاؤها بنفس المرسوم. وبالرغم من العراقيل والتعثرات التي يعرفها تأسيس ونشاط الجمعيات المهتمة بحقوق الانسان فإن المجلس الاستشاري لحقوق الانسان في المغرب لا يخلو من تمثيلية بعضها. أما حرية الصحافة والاعلام فمن الممكن أن تلعب دوراً في دعم حقوق الانسان وتعبئة الرأي العام وهذا في الحالة التي تكون فيها هذه الوسائل في خدمة حقوق الانسان. أما

حق الاضراب فقد يعمل على حماية الحريات بصفة غير مباشرة عندما يمارس بهدف مناهضة "التعسف الاقتصادي"(48)، كما قد يهدف إلى حمايتها بصفة مباشرة عندما يمارس بهدف الدفاع عن الحرية النقابية أو حرية الرأي. وقد يتخذ اشكالا أخرى تبتعد عن التوقف عن العمل ليشكل شكلا من أشكال المقاومة السلمية كما هو الحال في الاضراب عن الطعام. هذا على أن هناك من رأى فيه شكلا من الأشكال المعاصرة لمقاومة التعسف والطغيان(49) أما حق التظاهر الذي قد يحيل إلى حق التجمع في الأماكن العمومية فبصرف النظر عن الإنحرافات التي من الممكن أن يعرفها والمتمثلة في العنف والعنف المضاد فإنه قد يؤدي إلى تعبئة الرأي العام ليشكل وسيلة ضغط إزاء السلطات العليا.

ولا يستثنى من مجالنا حق رفع العرائض بالرغم من أن التطورات الحالية قد تجعل منه حقاً متجاوزاً نظرا للتراجعات التي عرفها. إنه يتخذ أشكالا أخرى كالبيان أو النداء التي يلجأ اليه خصوصاً المثقفون للتعريف بموقفهم إزاء قضية معينة من قضايا الساعة لدى الرأي الوطني وأحياناً الدولي(50). وإذا عدنا الى حق رفع العرائض فإنه يعنى حق كل فرد أو مجموعة من الافراد في التوجه الى السلطات العليا لالتماس تدخلها حول قضية معينة. وقد ينصب على التنديد بوضعية معينة أو على المطالبة بتقويمها. وتعود جذوره التاريخية إلى انجلترا ابتداء من العهد الاكبر لسنة 1215 ليجد مجاله في أول تعديل عرفه دستور الولايات المتحدة الاميركية. وإذا لم ينص عليه بيان حقوق الانسان والمواطن فقد تضمنته دساتير ما بعد الثورة ودساتير القرن التاسع عشر في فرنسا باستثناء القوانين الدستورية لسنة 1875. ومع ذلك فقد وجد مجاله في القوانين الداخلية للبرلمان خلال الجمهورية الثالثة الفرنسية. أما في الجمهورية الخامسة

(48) انظر نفس المرجع، ص 294

(49) Robert (jacques). Libertés publiques et Droits de l'homme. op. cit p 125.

(50) Rivero (Jean), Les libertés publiques Tome 1 les droits de l'homme, p : 287-298

فتنص عليه القوانين الداخلية لكل من الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ بمقتضاه يحق للمواطنين أن يتجهوا إلى رئيس كل من مجلسي البرلمان بعريضة إما بصفة مباشرة أو غير مباشرة بواسطة أحد الاعضاء حيث تتم دراستها من طرف اللجن، هذا على انه من الممكن تحويلها إلى الوزير المختص او إلى لجنة اخرى أو إلى الجمعية او الى الوسيط وذلك بمقتضى قانون 3 يناير 1973، هذا على أنه ليس هناك ما يلزم بالاجابة(51). وتظل فعالية حق العرائض كوسيلة للضغط على السلطات باهتة كما قد تضيع في طي السكوت الاداري. وتجدر الاشارة إلى أن الاعلان العالمي لسنة 1948 والعهود الدولية وكذا الاتفاقية الاوروبية لحقوق الانسان لم تنص عليه. هذا على ان ردود فعل المواطنين إزاء انتهاك حرياتهم قد تتخذ ابعاداً أخرى تتمثل في مقاومة التعسف والطغيان. -

III – أبعاد مقاومة التعسف والطغيان

إن مقاومة التعسف والطغيان حسب جورج بيردو، موجهة ضد خرق الحاكمين للفكرة الحقوقية التي يقوم عليها النظام الاجتماعي لتفرض عليهم احترامها، هذه الفكرة المنصوص عليها في الدستور الذي ينبثق عند الحكم الذين يمارسون صلاحياته(52). غير أننا لن نغفل الاشارة إلى أنه يميز بينها وبين اشكال أخرى من المقاومة. فإضافة إلى الثورة التي تتميز عنها في أنها تقوم على ارساء نظام جديد، يتعلق الأمر بمقاومة القوانين غير العادلة التي دون أن تطرح مسألة الفكرة الحقوقية المطبقة فهي تقتصر على طرح العلاقة بين قاعدة قانونية وأخرى اخلاقية. هذا على أنه يجدر عدم الخلط بين مقاومة التعسف والطغيان ومقاومة عدم الشرعية التي تقوم على افتراض ان موظفاً ما يمكن أن يتصرف خارج إطار وظيفته

(51) Madiot (Yves), Droits de l'homme, op. cit, p. 156-157.

(52) Burdeau (Georges), Les libertés publiques, op. cit : 88-89.

ودون أن يسمح له القانون بذلك، لهذا فالشخص الذي يقاومه ليست له النية في خرق القانون ولكن بالعكس من ذلك في فرض احترام القانون(53).

وقد تم النص على مقاومة التعسف في تصريح استقلال الولايات المتحدة الأمريكية لسنة 1776. وقد نصت عليه المادة الثانية من بيان حقوق الانسان والمواطن كحق من بين الحقوق الاربعة التي تعد المحافظة عليها هدف كل مجتمع سياسي. وإذا ظل غائباً عن أول دستور (1791) بعد الثورة الفرنسية فقد وجد مجاله في إعلان 1793 عن مستوى ثلاث من مواده : "فهناك تعسف ضد الهيئة الاجتماعية عندما يتم التعسف على أحد أعضائها، يكون هناك تعسف ضد كل فرد عندما يتم التعسف على الهيئة الاجتماعية" (المادة 34). إنه حق قد يجد أساسه في الاعتبارات التاريخية والسياسية لتبرير أعمال الثوار وهذا ما دفع إلى تقرير أفوله(54). إن هذا يفسر بأن الدساتير التي تنص عليه تعد نادرة. ويعد الدستور البرتغالي لسنة 1976 من بين الدساتير التي تعترف بحق كل مواطن في مقاومة كل نظام يشكل مساساً بحقوقه. ويمكن القول بأن دستور الجمهورية الخامسة الفرنسية نص عليه بصفة ضمنية بالاحالة إلى إعلان حقوق الانسان والمواطن لسنة 1789. هذا على أن هناك من يرى بأن حق مقاومة التعسف والطغيان اتخذ أشكالاً معاصرة قد تمثلت عند البعض في الاشكال التي يتخذها حق الاضراب(55) أو من خلال" كل الاوضاع التي تناهض، وفي كل دول العالم، سجناء الرأي، التعذيب، مصير الاقليات، حقوق المرأة (...) وتبدو غير متلائمة مع القيم العميقة للوعي الفردي"(56).

ومع ذلك فمقاومة التعسف والطغيان تطرح إشكالات تتعلق بمدى اعتبارها حقا وضعيا، "فمشكل التعسف والطغيان لا يندرج في إطار

(53) انظر نفس المرجع، ص 89.

(54) Burdeau (Georges), Traité de science politique. Tome IV Le statut du pouvoir dans l'Etat,op. cit : p. 554-556.

(55) Robert (Jacques). Libertés publiques et droits de l homme : p : 125-126.

(56) Madiot (Yves) Droits de l'homme, op. cit, p 163.

الحق ولكن في إطار الوعي الفردي سواء تعلق الأمر بالهدف المتوخى منه أم الوسائل الموضوعة لخدمته"(57)، وهذا ما يلتقي مع الفكرة التي تقضي بأنه يستجيب لاعتبارات اخلاقية وفلسفية(58) ولمتطلبات الوعي الذي يجد ترجمته في عدم الطاعة "إذا ما تطلب العدل والحرية ذلك". ولأن تحديد فعل تعسفي هو مسألة ذاتية تتعلق بالفرد وبتقديرات شخصية(59) فإن جورج بيردو لا يتردد في الإقرار بأن له دلالة فلسفية اكثر منها سياسية، ذلك أنه مرتبط بطريقة معينة لتصور أسس الحياة الاجتماعية؛ كل هذا يحيل إلى العناصر التي يفتقدها : مقياس التطبيق والجزاء(60). بالنسبة لمقياس التطبيق، فالتساؤلات كالتالي : أين يبدأ التعسف وماهي الحدود التي يمكن بفعلها أن يعتبر الفرد نفسه متحرراً من واجب الطاعة، ماهي دلالة التعسف الذي يختلف حسب الاقلية والأغلبية، حسب الطبقات الاجتماعية؟ أما بالنسبة للعنصر الثاني، اي الجزاء، فمقاومة التعسف عندما تتجاوز المقاومة السلمية إلى الانتفاضة فإن التعامل معها يتم في إطار القانون الجنائي، هذا على أنه عندما تفشل الانتفاضة فهي تدان بإسم الدولة من طرف القضاء وعندما تنجح فهي تمجد(61). بهذا ندرك بأن مقاومة التعسف بالرغم من النص عليها في الدستور، فمن الصعب الاعتراف لها بقيمة في القانون الوضعي إضافة إلى أنه "من غير المنطقي أن ترتبط قيمة حق بنجاح أو فشل وضعه موضع التطبيق، ومن غير الممكن لأية سلطة أن تنظم قانونيا وسائل تقويض دعائمها.

* * *

(57) Rivero (Jean), Les libertés publiques, Tome 1 les droits de l'homme : p. 300.

(58) Burdeau (Georges), Traités de Science politiques, Tome IV le statut du pouvoir dans l'Etat, 1969, p : 570

(59) انظر نفس المرجع ونفس الصفحة.

(60) Burdeau (Georges), Les libertés publiques, op. cit : p. 94.

(61) انظر نفس المرجع ونفس الصفحة

فهرس الكتاب